

TRAIL

P R A W A



Redakcja
Janusz Molis
Dominika Mróz (sekretarz redakcji)
Marcin Spyra
Filip Wejman
Fryderyk Zoll (redaktor naczelny)

Skład, łamanie
Anna Atanaziewicz

Korekta
Agata Czuj

Projekt okładki
Filip Wejman

Fotografia na okładce
Filip Wejman

Wydawca
Uniwersytet Jagielloński
31-007 Kraków, ul. Gołębia 24

Adres redakcji
31-005 Kraków, ul. Bracka 12/205
tel. (0) 12 422 09 08
info@transformacje.pl, <http://transformacje.pl>

Druk
CYFRA 7
31-101 Kraków, pl. Na Groblach 4
tel. (0) 12 292 68 70
cyfra@cyfra7.com, <http://www.cyfra7.com>

ISSN: 1641-1609

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Michał ARASZKIEWICZ, Polsko–ukraińskie seminarium „Ekonomiczna analiza prawa wypadków” — część 2.....	7
Maria KACZOROWSKA, Kontrowersje wokół unifikacji prawa prywatnego w Europie w świetle projektu Europejskiego Kodeksu Cywilnego.....	31
Dominika KORDAS, Konsument jako strona tzw. umowy mieszanej. Kilka uwag nad orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Johann Gruber przeciwko Bay Wa AG.....	51
Kinga KRONENBERGER, Wyłączenie współnika ze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w orzecznictwie sądów gospodarczych.....	65
Urszula WALCZAK, Zasady odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w prawie umów — postulaty <i>de lege ferenda</i> . Odpowiedzialność za szkodę niemajątkową w prawie umów.....	87

ARTYKUŁY

MICHAŁ ARASZKIEWICZ*

POLSKO-UKRAIŃSKIE SEMINARIUM
„EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA WYPADKÓW”
— CZĘŚĆ 2

1. WSTĘP

Niniejszy tekst stanowi drugą część opracowania, opublikowanego w „Transformacjach Prawa Prywatnego” nr 1/2007¹. Opracowanie to było pokłosiem seminarium, jakie odbyło się w Krakowie, pod auspicjami Ośrodka Koordynacyjnego Szkół Praw Obcych przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, w dniach 7–8 lipca 2006 r. Wzmiankowaną pierwszą część tekstu należy polecić Czytelnikom zainteresowanym nie tylko treścią materiałów dydaktycznych sporządzonych na użytek seminarium, ale również założeniami przyjętymi przy jego przeprowadzeniu, jego przebiegiem oraz wnioskami dotyczącymi roli nauczania ekonomicznej analizy prawa w dydaktyce prawniczej. W niniejszym opracowaniu skupimy się zatem prawie wyłącznie na prezentacji kolejnych fragmentów materiałów dydaktycznych. Poniżej zamieszczamy wyjątki z czterech zastawów, przygotowanych dla ukraińskich studentów. Materiały te zostały sporządzone na podstawie tekstu Stevena Shavella *Economic Analysis of Accident law*, którego polskie tłumaczenie (pod redakcją Filipa Wejmana) zostało opublikowane w „Transformacjach Prawa Prywatnego”². Z tego powodu lektura poniższych materiałów będzie w pełni owocna dla osób, które znają wspomniany tekst Shavella, albo ewentualnie posiadają wiedzę o ekonomicznej analizie prawa deliktowego z innych źródeł. Drugim

* Doktorant w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz w Europejskim Kolegium Doktoranckim (Kraków–Heidelberg–Mainz). Student filozofii na UJ.

¹ Polsko-ukraińskie seminarium „Ekonomiczna analiza prawa wypadków”, s. 7–28.

² Numer amerykański 2005.

zasadniczym wątkiem pojawiającym się w zestawach są relewantne unormowania prawa polskiego, które w trakcie seminarium zestawiane były z odpowiednimi regulacjami ukraińskimi. Przepisy sąsiednich krajów były następnie analizowane przy użyciu narzędzi ekonomicznych proponowanych przez Shavella.

Niektóre z prezentowanych poniżej zadań zostały z konieczności uzupełnione krótkim odautorskim komentarzem, tak aby ich cel i treść były zrozumiałe również dla osób niemogących na bieżąco konfrontować tych materiałów z tekstem Shavella.

W końcowej części opracowania pojawi się krótkie podsumowanie, zawierające kilka nowych refleksji i wniosków.

2. PREZENTACJA FRAGMENTÓW MATERIAŁÓW DYDAKTYCZNYCH

Zestaw 4 — Odpowiedzialność i odstraszenie — przedsiębiorstwa

W tym rozdziale Shavell zajmuje się specyficznymi wypadkami: mianowicie tymi, których sprawcami są przedsiębiorcy. Poszkodowanymi w takich wypadkach mogą być:

- 1) osoby trzecie, niemające żadnego związku z przedsiębiorstwem,
- 2) klienci przedsiębiorstwa.

Dla ułatwienia Shavell przyjmuje **założenie o doskonałej konkurencji na rynku**: cena produktu równa się kosztom związanym z produkcją, w tym kosztom odpowiedzialności.

1. Osoby trzecie jako poszkodowani

Ważne pozostają ustalenia generalne: mianowicie sprawcy i poszkodowani będą zmotywowani do zachowania optymalnego poziomu staranności pod zasadą ryzyka z zarzutem przyczynienia się poszkodowanego oraz pod zasadą winy z zarzutem przyczynienia się poszkodowanego lub bez tego zarzutu. Dla uproszczenia rozważamy wypadki jednostronne.

Istotna nowość polega na tym, że **rodzaj zasady odpowiedzialności wyznaczy cenę produktu**.

Przyjmijmy, że koszt wytworzenia jednostki produktu wynosi 10, a poza tym prawdziwe są dane, zamieszczone w tabeli poniżej:

Tabela 9

Poziom staranności	Koszt staranności	Prawdopodobieństwo wypadku	Oczekiwane szkody z wypadku	Całkowity koszt społeczny
1. Żaden	0	9%	9	9
2. Staranność	2	3%	3	5

Tabela odzwierciedla poziom staranności przedsiębiorcy.

ZADANIE

Proszę obliczyć, ile wyniesie rynkowa cena jednostki produktu:

- pod rządami zasady ryzyka,*
- pod rządami zasady winy.*

Poziom aktywności

Shavell proponuje następujący model ekonomiczny do zbadania optymalnego poziomu aktywności klientów:

Tabela 10

Klient	Użyteczność
A	40
B	20
C	17
D	13
E	11

Tabela ta ilustruje liczbę klientów, która zakupi dane dobro, albo krotność zakupu danego dobra przez danego klienta.

Korzystając z tej tabeli oraz z rozwiązania poprzedniego zadania, proszę odpowiedzieć na poniższe pytania.

PYTANIA

- Jaki jest — według danych zamieszczonych w tabelach — optymalny społecznie poziom produkcji i konsumpcji?*
- W jaki sposób zasada winy i zasada ryzyka wpłyną na poziom produkcji i konsumpcji?*

3. Czy przekroczenie optymalnego poziomu produkcji może być uznane za winę przedsiębiorstwa? Jakie konsekwencje ekonomiczne pociąga ewentualna pozytywna odpowiedź na to pytanie?

2. Osoby trzecie jako poszkodowani

Ważnym czynnikiem wpływającym na motywację przedsiębiorców do zachowania staranności jest nie tylko reżim odpowiedzialności, ale i wiedza klientów o ryzyku związanym z produktem.

Ważne pojęcie: **cena całkowita**. Cenę całkowitą produktu stanowi jego cena rynkowa powiększona o oczekiwane przez klienta szkody, które go obciążą.

Shavell bada zachowanie przedsiębiorców w wyidealizowanych sytuacjach: doskonałej wiedzy klientów o ryzyku i niedoskonałej wiedzy klientów o ryzyku.

2.1. Doskonała wiedza klientów o ryzyku

ZADANIE

Proszę uzupełnić poniższą tabelę, zakładając, że klienci mają doskonałą wiedzę o ryzyku związanym z produktem, a konkurencja jest doskonała.

Reżim odpowiedzialności	Staranność przedsiębiorców	Staranność klientów
1. Brak odpowiedzialności		
2. Zasada ryzyka		
3. Zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia się poszkodowanego		
4. Zasada winy z zarzutem przyczynienia się lub bez niego		

2.2. Niedoskonała wiedza klientów o ryzyku

PYTANIA

1. Czy w razie niedoskonałej wiedzy klientów o ryzyku odpowiedzialność jest pożądana, czy nie zmienia sytuacji?

2. Jak zasada winy wpłynie na ilość nabywanych towarów? Jak wpłynie zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia się poszkodowanego?

2.3. Rzeczywista wiedza klienta o ryzyku

PYTANIA (zob. Shavell, s. 53–59)

- 1. Od czego może zależeć wiedza klientów o ryzyku związanym z produktem?*
- 2. Na czym mogą polegać kłopoty sądu w oszacowaniu należytej staranności przedsiębiorcy?*
- 3. Na czym mogą polegać kłopoty sądu w oszacowaniu przyczynienia się poszkodowanego?*
- 4. Jaki reżim odpowiedzialności jest co do zasady lepszy, jeżeli nabywca produktu jest konsumentem, a jaki, jeżeli jest profesjonalistą? Czy można udzielić jednoznacznej odpowiedzi?*
- 5. Jaką ekonomiczną rolę spełnia gwarancja na produkt? Proszę zwrócić uwagę na wpływ gwarancji na cenę całkowitą.*
- 6. Czy jest społecznie pożądane, aby sądy ingerowały w treść klauzul gwarancyjnych?*

PRAWO POLSKIE 4

Jeżeli w Polsce kupimy produkt, to w związku z tym zdarzeniem mogą powstać różnego typu roszczenia kupującego.

Po pierwsze — należy pamiętać, że sprzedaż jest umową. Osoba, od której kupujemy produkt (sprzedawca), może więc odpowiadać za szkodę związaną z niewykonaniem zobowiązania.

Po drugie — jeżeli zostaną spełnione przesłanki odpowiedzialności deliktowej, tj. powstanie wskutek nabycia produktu szkoda, sprzedawca zachowa się w sposób bezprawny i zawiniony i będzie adekwatny związek przyczynowy pomiędzy jego zachowaniem a szkodą, to będzie odpowiadał deliktowo.

Po trzecie — jeżeli zakupiony produkt jest niezgodny z umową, a nabywca jest konsumentem, to może skorzystać z uprawnień, jakie przyznaje mu ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej i zmianie kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959).

Tytułem przykładu — art. 8 ust. 1 ustawy:

Art. 8. 1. Jeżeli towar konsumpcyjny jest niezgodny z umową, kupujący może żądać doprowadzenia go do stanu zgodnego z umową przez nieodpłatną naprawę albo wymianę na nowy, chyba że naprawa albo wymiana są niemożliwe lub wymagają nadmiernych kosztów. Przy ocenie nadmierności kosztów uwzględnia się wartość towaru zgodnego z umową oraz rodzaj i stopień stwierdzonej niezgodności, a także bierze się pod uwagę niedogodności, na jakie naraziłby kupującego inny sposób zaspokojenia.

Warto zauważyć, że nabywca produktu nie musi tu w szczególności wykazywać żadnej szkody; wystarczy wykazać niezgodność przedmiotu z umową.

Po czwarte, jeżeli stronami umowy są dwaj profesjonalisci albo na przykład sąsiedzi (chodzi o to, aby sprzedawcą nie był profesjonalista, a kupującym konsument), to kupującemu przysługują uprawnienia z tytułu rękojmi wynikające z kodeksu cywilnego. Tytułem przykładu art. 560 kodeksu cywilnego:

Art. 560. § 1. Jeżeli rzecz sprzedana ma wady, kupujący może od umowy odstąpić albo żądać obniżenia ceny. Jednakże kupujący nie może od umowy odstąpić, jeżeli sprzedawca niezwłocznie wymieni rzecz wadliwą na rzecz wolną od wad albo niezwłocznie wady usunie. Ograniczenie to nie ma zastosowania, jeżeli rzecz była już wymieniona przez sprzedawcę lub naprawiana, chyba że wady są nieistotne.

§ 2. Jeżeli kupujący odstępuje od umowy z powodu wady rzeczy sprzedanej, strony powinny sobie nawzajem zwrócić otrzymane świadczenia według przepisów o odstąpieniu od umowy wzajemnej.

§ 3. Jeżeli kupujący żąda obniżenia ceny z powodu wady rzeczy sprzedanej, obniżenie powinno nastąpić w takim stosunku, w jakim wartość rzeczy wolnej od wad pozostaje do jej wartości obliczonej z uwzględnieniem istniejących wad.

§ 4. Jeżeli sprzedawca dokonał wymiany, powinien pokryć także związane z tym koszty, jakie poniósł kupujący.

Po piąte, sprzedawca może wystawić kupującemu dokument gwarancji na produkt. Zob. art. 577 § 1 kodeksu cywilnego:

Art. 577. § 1. W wypadku gdy kupujący otrzymał od sprzedawcy dokument gwarancyjny co do jakości rzeczy sprzedanej, **poczytuje się w razie wątpliwości**, że wystawca dokumentu (gwarant) jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, jeżeli wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji.

Proszę zwrócić uwagę na wytłuszczone słowa. Oznaczają one, że treść gwarancji jest kształtowana przede wszystkim przez treść dokumentu gwarancyjnego, a nie przez ustawę (w przeciwieństwie do rękojmi).

Po szóste i szczególnie interesujące z ekonomicznego punktu widzenia, w prawie polskim (wskutek implementacji odpowiednich dyrektyw) występuje szczególny reżim odpowiedzialności, a mianowicie odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny. Ochrona ta rozwinęła się najszybciej w Stanach Zjednoczonych. Motywem jej wprowadzenia był fakt, że pewna klasa produktów pozostaje niebezpieczna dla użytkownika nawet w toku normalnego używania. Stąd zaostrożony, oparty na zasadzie **ryzyka**, reżim odpowiedzialności. Kryteria, pozwalające uznać produkt za niebezpieczny, precyzuje poniższy artykuł kodeksu cywilnego:

Art. 449¹. § 1. Kto wytwarza w zakresie swojej działalności gospodarczej (producent) produkt niebezpieczny, odpowiada za szkodę wyrządzoną komukolwiek przez ten produkt.

§ 2. Przez produkt rozumie się rzecz ruchomą, choćby została ona połączona z inną rzeczą. Za produkt uważa się także zwierzęta i energię elektryczną.

§ 3. **Niebezpieczny jest produkt nie zapewniający bezpieczeństwa, jakiego można oczekiwać, uwzględniając normalne użycie produktu.** O tym, czy produkt jest bezpieczny, decydują okoliczności z chwili wprowadzenia go do obrotu, a zwłaszcza sposób zaprezentowania go na rynku oraz podane konsumentowi informacje o właściwościach produktu. Produkt nie może być uznany za nie zapewniający bezpieczeństwa tylko dlatego, że później wprowadzono do obrotu podobny produkt ulepszony.

Odpowiedzialność za produkt niebezpieczny ponoszą różne podmioty, a to:

- 1) producent (art. 449¹ k.c.);
- 2) wytwórcy materiałów, surowca albo części składowej produktu (art. 449⁵ § 1 k.c.); mogą oni jednak zwolnić się od odpowiedzialności, wykazując, że wyłączną przyczyną szkody była wadliwa konstrukcja produktu lub wskazówki producenta;
- 3) producent nominalny (umieszczający na produkcie swój znak towarowy, nazwę, inne oznaczenie odróżniające) (art. 449⁵ § 2 k.c.);
- 4) importer (art. 449⁵ § 2 k.c.);
- 5) osoba trzecia (art. 449⁶ § 2 k.c.);
- 6) sprzedawca (art. 449⁵ § 4 k.c.); może on jednak zwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli wskaże producenta, producenta nominalnego, importera; albo jeśli wskaże podmiot, od którego sam nabył produkt (art. 449⁵ § 4 i 5 k.c.).³

³ Katalog sporządzony na podstawie: D. Marek, tabela „Strony stosunku obligacyjnego” (w:) K. Jasińska, A. Lejko (red.): *Prawo cywilne. Materiały dla studentów prawa*, t. III — *Zobowiązania*, WoltersKluwer Polska 2006, s. 98.

Warto również zwrócić uwagę na okoliczności egzoneracyjne, zwłaszcza na zdanie drugie paragrafu drugiego poniższego przepisu:

Art. 449³. § 1. Producent nie odpowiada za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, jeżeli produktu nie wprowadził do obrotu albo gdy wprowadzenie produktu do obrotu nastąpiło poza zakresem jego działalności gospodarczej.

§ 2. Producent nie odpowiada również wtedy, gdy właściwości niebezpieczne produktu ujawniły się po wprowadzeniu go do obrotu, chyba że wynikały one z przyczyny tkwiącej poprzednio w produkcie. **Nie odpowiada on także wtedy, gdy nie można było przewidzieć niebezpiecznych właściwości produktu, uwzględniając stan nauki i techniki w chwili wprowadzenia produktu do obrotu, albo gdy właściwości te wynikały z zastosowania przepisów prawa.**

PYTANIA

1. Jak w prawie ukraińskim kształtują się uprawnienia kupującego z tytułu rękojmi, gwarancji jakości? Czy jest specjalny reżim chroniący konsumenta przed wadami produktu?

2. Czy w prawie ukraińskim występuje odpowiedzialność za produkt niebezpieczny?

3. W jaki sposób w prawie polskim motywowany jest producent, a w jaki sprzedawca produktu niebezpiecznego?

4. Proszę przeanalizować okoliczności egzoneracyjne przy odpowiedzialności za produkt niebezpieczny w prawie polskim, zwłaszcza zdanie ostatnie tego przepisu. Do czego motywuje on producenta?

5. Czy producent produktu niebezpiecznego chętnie ubezpieczy się od odpowiedzialności cywilnej?

Zestaw 7 — Rozwinięcie analizy odstraszenia (3)

KOMENTARZ. Omawiany zestaw dotyczy pewnych szczegółowych kwestii omawianych przez Shavella w podrozdziałach 5–9 rozdziału 3 omawianego tekstu.

Odszkodowanie i rozmiar szkody

W tym podrozdziale Shavell analizuje problem relacji wysokości odszkodowania do wysokości szkody. Tylko wtedy, gdy oczekiwane odszkodowanie równa się oczekiwanym szkodom, potencjalny sprawca jest właściwie motywowany do zachowania należytej staranności.

Odszkodowanie i prawdopodobieństwo szkody

W tym miejscu Shavell bada hipotezy, czy nie należy zmniejszać wysokości odszkodowań w przypadku, gdy wyrządzenie szkody było mało prawdopodobne, oraz czy ich nie zwiększać, gdy wyrządzenie szkody było bardzo prawdopodobne. Należy zauważyć, że w rozważaniach tych nie chodzi o ewentualne uwolnienie sprawcy od odpowiedzialności, lecz o zmniejszenie lub zwiększenie kwoty odszkodowania ze względu na prawdopodobieństwo szkody.

Odszkodowanie i niepewność sądów co do rozmiaru szkód

Shavell analizuje pewne problemy, z jakimi mogą spotkać się sądy podczas szacowania rozmiaru szkody. Proponuje przy tym posługiwanie się przez sędziów metodami statystycznymi w odniesieniu do wątpliwych utraconych korzyści oraz zachęca do ignorowania niepewnych składników szkody, jeżeli nie wpłynie to niekorzystnie na motywację sprawców do dochowywania staranności.

Odszkodowanie: szkody majątkowe i niemajątkowe

Shavell wprowadza ogólne definicje szkody majątkowej oraz niemajątkowej.

Szkody majątkowe obejmują szkodę pieniężną oraz utratę dóbr, które można nabyć na rynku.

Szkody niemajątkowe odpowiadają utracie użyteczności spowodowanej zniszczeniem niezastępowalnych przedmiotów albo naruszeniem zdrowia, fizycznej integralności, spokoju psychicznego. Jak widzimy, jest to ujęcie bliskie definicji szkody majątkowej oraz krzywdy w prawie polskim.

Shavell ma poważne wątpliwości co do możliwości sensownego szacowania i orzekania szkód niemajątkowych.

Odszkodowanie większe niż szkoda: odszkodowanie represyjne (*punitive damages*)

Jest to występujące w prawie amerykańskim odszkodowanie przewyższające szkodę, stanowiące formę kary. Shavell zastanawia się, jakie może być uzasadnienie dla tego typu odszkodowań, skoro uprzednio wykazał, że optymalne bodźce do zachowania staranności stwarza zagrożenie odszkodowaniem równym szkodzie. Znajduje cztery możliwe ewentualne uzasadnienia dla odszkodowania represyjnego.

PYTANIA I ZADANIA

1. Dlaczego co do zasady optymalna wysokość odszkodowania równa się wyrządzonej szkodzie?

2. Na czym polegają wady regulacji prawnej ograniczającej odpowiedzialność za wypadki, których prawdopodobieństwo bywa przeoczone?

3. Jakie jest zdaniem Shavella optymalne podejście do szacowania niepewnych elementów szkody?

4. Na czym polegają wątpliwości Shavella co do orzekania odszkodowań za szkodę niemajątkową?

5. Proszę uzupełnić poniższą tabelę, dotyczącą możliwych uzasadnień odszkodowania represyjnego.

Tabela 15

Uzasadnienie dla odszkodowania represyjnego	Dlaczego to mogłoby być uzasadnienie dla odszkodowania represyjnego?
1. Unikanie odpowiedzialności.	
2. Niedozwolona użyteczność.	
3. Zachęta do transakcji rynkowych.	
4. Kara.	

PRAWO POLSKIE 7

Miarkowanie odszkodowania

Prawo polskie nie zna instytucji zmniejszania odszkodowania z uwagi na niskie prawdopodobieństwo szkody (choć może się zdarzyć, że odpowiednio niskie prawdopodobieństwo nastąpienia szkody spowoduje, że „sprawca” w ogóle nie będzie odpowiadał, bowiem poszkodowany nie udowodni adekwatnego związku przyczynowego). Polskie prawo zna natomiast instytucję miarkowania odszkodowania. Jest ona unormowana w art. 440 kodeksu cywilnego:

Art. 440. W stosunkach między osobami fizycznymi zakres obowiązku naprawienia szkody może być stosownie do okoliczności ograniczony, jeżeli ze względu na **stan majątkowy** poszkodowanego lub osoby odpowiedzialnej za szkodę wymagają takiego ograniczenia **zasady współżycia społecznego**.

Istotne jest to, że:

- 1) przepis ten znajduje zastosowanie wyłącznie pomiędzy osobami fizycznymi;
- 2) jedynym kryterium zmniejszenia odszkodowania jest stan majątkowy poszkodowanego lub osoby odpowiedzialnej;
- 3) miarkowanie jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy wymagają tego zasady współżycia społecznego;
- 4) przepis ten znajduje zastosowanie tylko do odpowiedzialności deliktowej.

W kontekście tego przepisu warto przywołać tezy dwóch orzeczeń polskiego Sądu Najwyższego:

Wyrok SN z 18 grudnia 1968 r., II CR 409/68, OSNC 1969, nr 11, poz. 207

Artykuł 440 k.c., przewidujący możliwość ograniczenia zakresu obowiązku naprawienia szkody, nie ma zastosowania, gdy obowiązany jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

Wyrok SN z 18 marca 1970 r., II CR 351/69, LEX nr 6694

Jeżeli zachowanie się sprawcy szkody ma charakter przestępstwa umyślnego, wyłączone jest stosowanie przewidzianego w art. 440 k.c. ograniczonego zakresu obowiązku naprawienia szkody.

Niepewność sądów co do rozmiaru szkody

Również w polskiej praktyce cywilno-sądowej występują w konkretnych sprawach wątpliwości co do rozmiaru szkody. Sąd ma obowiązek starać się ustalić ściśle rozmiar szkody, posługując się środkami dowodowymi przewidzianymi w kodeksie postępowania cywilnego i innymi środkami dowodowymi. Dopiero gdy ściśle oszacowanie szkody przy użyciu dostępnych środków dowodowych nie jest możliwe, sąd może zastosować art. 322 kodeksu postępowania cywilnego:

Art. 322. Jeżeli w sprawie o naprawienie szkody, (...) sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę **według swej oceny**, opartej na rozważeniu **wszystkich okoliczności sprawy**.

Szkoda niemajątkowa (krzywda)

Szkoda niemajątkowa jest nazywana w Polsce krzywdą, a jej naprawienie — zadośćuczynieniem. Istnienie tej konstrukcji uzasadnia się w ten sposób, że osobie, która cierpiała wskutek naruszenia jej dóbr osobistych, należy wypłacić pewną sumę

pieniędzy, które pozwolą w szerszy sposób zaspokoić jej potrzeby i spełnić pragnienia⁴.

Zadośćuczynienia za krzywdę dotyczy art. 448 kodeksu cywilnego:

Art. 448. W razie naruszenia dobra osobistego sąd może **przyznać** temu, czyje dobro osobiste zostało naruszone, **odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego** za doznaną krzywdę *lub* na jego żądanie **zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez niego cel społeczny**, niezależnie od innych środków potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia. (...)

Przepis ten odnosi się do **wszystkich dóbr osobistych**. Aby móc domagać się zadośćuczynienia, powód musi wykazać nie tylko **bezpprawność** naruszenia jego dobra osobistego, ale również **naganność** tego naruszenia, czyli **winę** naruszydciela. Zadośćuczynienie jest przyznawane w formie jednorazowego świadczenia. Jego wysokość jest ustalana przez sąd na podstawie wielkości doznanej krzywdy, ale pewną rolę odgrywa również stan majątkowy stron oraz stopień winy sprawcy⁵.

Przykładowy katalog dóbr osobistych zawiera art. 23 kodeksu cywilnego:

Art. 23. Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.

Innym przepisem dotyczącym zadośćuczynienia jest art. 445 kodeksu cywilnego. Należy czytać go łącznie z art. 444 tego kodeksu, dotyczącego szkód na osobie:

Art. 444. § 1. W razie uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia naprawienie szkody obejmuje wszelkie wynikłe z tego powodu koszty. Na żądanie poszkodowanego zobowiązany do naprawienia szkody powinien wyłożyć z góry sumę potrzebną na koszty leczenia, a jeżeli poszkodowany stał się inwalidą, także sumę potrzebną na koszty przygotowania do innego zawodu.

§ 2. Jeżeli poszkodowany utracił całkowicie lub częściowo zdolność do pracy zarobkowej albo jeżeli zwiększyły się jego potrzeby lub zmniejszyły widoki powodzenia na przyszłość, może on żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody odpowiedniej renty.

⁴ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 255.

⁵ Tamże, s. 255–256.

§ 3. Jeżeli w chwili wydania wyroku szkody nie da się dokładnie ustalić, poszkodowanemu może być przyznana renta tymczasowa.

Art. 445. § 1. W wypadkach przewidzianych w artykule poprzedzającym sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem **zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę**.

§ 2. Przepis powyższy stosuje się również w wypadku pozbawienia wolności oraz w wypadku skłonienia za pomocą podstępów, gwałtu lub nadużycia stosunku zależności do poddania się czynowi nierządному.

§ 3. (...)

Przepis art. 445 jest zatem podstawą do przyznania zadośćuczynienia **nie w wypadku naruszenia wszelkich, lecz tylko niektórych dóbr osobistych**. Chodzi zatem o następujące naruszenia:

- 1) uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia;
- 2) pozbawienie wolności;
- 3) naruszenie integralności seksualnej.

W polskiej doktrynie prezentowany jest pogląd, że zasądzenie zadośćuczynienia jest możliwe na tej podstawie nawet wtedy, gdy uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia nastąpiły bez winy naruszydiciela⁶.

PYTANIA

1. Jakie oddziaływanie na motywację sprawców mogą mieć tezy orzeczeń polskiego Sądu Najwyższego, powołane przy omawianiu tematu miarkowania odszkodowania?

2. Jaki jest cel art. 322 k.p.c.?

3. Jaka jest społeczna funkcja zadośćuczynienia?

4. Co jest lepsze z ekonomicznego punktu widzenia — aby poszkodowany mógł się domagać jednocześnie zadośćuczynienia i zapłaty na wskazany cel społeczny, czy też aby musiał wybierać pomiędzy tymi roszczeniami?

5. Jaka powinna być, Państwa zdaniem, optymalna kwota zadośćuczynienia za krzywdę związaną ze zgwałceniem (w relacji do średniej krajowej płacy)? Czy taki sposób wyznaczenia kwoty zadośćuczynienia ma sens?

6. Czy w prawie ukraińskim występuje instytucja miarkowania odszkodowania?

7. Czy w prawie ukraińskim jest podobne unormowanie dotyczące zadośćuczynienia za krzywdę? Proszę przedstawić relewantne unormowania.

⁶ Tamże, s. 262.

Zestaw 8 — Rozwinięcie analizy odstraszenia (4)

Odszkodowanie a możliwości redukowania szkód przez ofiarę

Shavell zajmuje się tu następującym pytaniem: czy jest społecznie pożądane, aby ofiara wypadku podejmowała działania w celu ograniczenia szkód z wypadku, który już się wydarzył.

PYTANIA

1. Przyjmijmy zgodnie z modelem Shavella, że szkoda, która już powstała, wynosi 100, natomiast jeżeli poszkodowany nie podejmie działań w celu ograniczenia szkód, zwiększy się ona jeszcze o 50. Jeżeli natomiast podejmie działanie, szkoda się nie zwiększy. Czy podjęcie działania przez poszkodowanego jest zawsze pożądane?

2. Jak powinna być obliczona wysokość odszkodowania, jeżeli poszkodowany jednak podejmie działalność?

Bezpośredni związek przyczynowy

Shavell wprowadza dwa znaczenia pojęcia „bezpośredni związek przyczynowy”:

- 1) bezpośredni związek przyczynowy ma miejsce wtedy, gdy szkoda jest normalnym, przeciętnym następstwem danego zdarzenia;
- 2) bezpośredni związek przyczynowy ma miejsce, gdy szkoda nie powstaje jedynie na skutek zbiegu okoliczności.

Shavell argumentuje, że w przypadku drugiego rozumienia podniesienie zarzutu braku bezpośredniego związku przyczynowego powinno zwalniać od odpowiedzialności. Bowiem przypisanie odpowiedzialności za zbieg okoliczności i tak nie oddziałuje odstrasżająco na potencjalnych sprawców.

PYTANIA

1. Shavell wymienia również wadę i zaletę uwolnienia sprawców od odpowiedzialności w takich przypadkach (zaistnienia zbiegu okoliczności). Proszę podać tę zaletę i wadę.

2. Czy rozróżnienie pomiędzy dwoma ujęciami bezpośredniego związku przyczynowego jest precyzyjne? Proszę podać przykłady braku bezpośredniego związku między zdarzeniem a szkodą w jednym i drugim rozumieniu (inne niż Shavell).

Niepewność co do związku przyczynowego

W sytuacji niepewności co do związku przyczynowego, Shavell prezentuje dwa probabilistyczne podejścia do odpowiedzialności za wypadki:

- 1) tradycyjna koncepcja; pozwany odpowiada zawsze, gdy prawdopodobieństwo, że jego zachowanie było przyczyną szkody, jest większe niż 50%; poniżej tego progu nie odpowiada;
- 2) koncepcja proporcjonalna; pozwany odpowiada zawsze, jeżeli istnieje jakieś prawdopodobieństwo, że jego działanie było przyczyną szkody, w proporcji do tego prawdopodobieństwa.

PYTANIE

Czy koncepcje te są racjonalne? Proszę wymienić zalety i wady każdej z nich.

PRAWO POLSKIE 8

Normalny związek przyczynowy

Przypomnijmy tutaj podstawowy art. 361 § 1 polskiego kodeksu cywilnego:

Art. 361. § 1. Zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za **normalne następstwa** działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła.

Przepis ten jest normatywnym wyrazem przesłanki adekwatnego związku przyczynowego, która jest konieczną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie polskim. Jeżeli poszkodowany nie wykaże tego związku, odpowiedzialność sprawcy nie powstanie. W teorii prawa istnieje kilka koncepcji dotyczących tego, które następstwa należy uważać za normalne; dużą rolę odgrywa tutaj również orzecznictwo sądowe. Warto więc przytoczyć kilka wyjątków z orzeczeń polskiego Sądu Najwyższego:

Wyrok SN z 18 maja 2000 r., III CKN 810/98, LEX nr 51363

Typowym jest skutek, jaki **daje się przewidzieć w zwykłym porządku rzeczy**, taki, o którym, na podstawie zasad doświadczenia życiowego, wiadomo, że jest charakterystyczny dla danej przyczyny jako normalny rezultat określonego zjawiska. Nie mieści się w płaszczyźnie adekwatnego związku przyczynowego skutek, który wprawdzie daje się łączyć z określonym zdarzeniem początkowym w sensie oddzia-

ływania sprawczego, ale jest następstwem nietypowym, tj. niewystępującym w kolejności zdarzeń, która charakterystyczna jest dla określonej przyczyny, i przez to niedającym się uwzględnić w ewentualnych przewidywaniach, a zarazem zależny jest w istocie od innych zdarzeń, które w zbiegu z przyczyną wyjściową jawią się jako przypadkowy zbieg okoliczności.

Z uzasadnienia wyroku SN z 18 kwietnia 2001 r., I PKN 361/00, OSNP 2003, nr 3, poz. 62

Przepis art. 361 § 1 k.c. ujmuje związek przyczynowy pomiędzy działaniem lub zaniechaniem zobowiązanego a powstałym skutkiem w postaci szkody jako konieczną przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej. Unormowanie zawarte w tym przepisie opiera się na założeniach tzw. teorii przyczynowości adekwatnej, zgodnie z którą związek przyczynowy zachodzi wtedy, gdy mamy do czynienia ze skutkiem stanowiącym normalne następstwo określonej przyczyny, a przyczyna ta normalnie powoduje tenże skutek. Dla przyjęcia istnienia związku przyczynowego jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej **nie jest wystarczające stwierdzenie istnienia związku przyczynowego jako takiego. Konieczne jest stwierdzenie, że chodzi w danym przypadku o następstwa „normalne”,** czyli oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, typowe według stanu wiedzy o związkach przyczynowych towarzyszących różnym zjawiskom, niebędące rezultatem jakiegoś wyjątkowego zbiegu okoliczności. Ocena, czy skutek jest normalny, czy też wyjątkowy, powinna być oparta na całokształcie okoliczności sprawy oraz wynikać z zasad doświadczenia życiowego i wiedzy naukowej, specjalnej.

Niekiedy jednak dla przyjęcia związku przyczynowego wystarczy jedynie wykazanie wysokiego stopnia prawdopodobieństwa, że to czyn pozwanego wyrządził szkodę:

Z uzasadnienia wyroku SN z 14 grudnia 1973 r., II CR 692/73, OŚNC 1974, nr 10, poz. 176

Okoliczność, że doznane przez powoda schorzenie i pooperacyjne komplikacje nie są opisane w polskiej literaturze medycznej i że w wielu wypadkach, mimo zachowania warunków aseptycznych, kończą się one zejściem śmiertelnym, jak również określenie przez biegłych istnienia związku przyczynowego tylko na zasadzie prawdopodobieństwa wcale nie oznacza, iż nie zachodzi związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności [deliktowej — M.A.]. (...)

Przyczyna powikłań w świetle opinii biegłych została określona teoretycznie, wyrażona wysokim stopniem prawdopodobieństwa. Jednakże ten dość wysoki stopień prawdopodobieństwa, przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności odnoszących się do miejsca dokonania zabiegu i opatrunków, ogólnego stanu higienicznego kliniki, wywołanego nadmiernym zagęszczeniem pacjentów, daje podstawy do

przyjęcia istnienia związku przyczynowego pomiędzy działaniem lekarzy pozwanej kliniki a powstałą na zdrowiu powoda szkodą.

Adekwatny związek przyczynowy nie musi być związkiem bezpośrednim w tym sensie, że zdarzenie A powoduje szkodę S bez żadnych pośrednich ogniw. Dopuszczalny jest złożony, wieloczynnikowy związek przyczynowy; musi być jednak wykazana adekwatność pomiędzy jego kolejnymi ogniwami.

Druga teza orzeczenia SN z 21 czerwca 1960 r., I CR 592/59, OSNC 1962, nr 3, poz. 84. Orzeczenie to, pomimo że wydane pod rządami uprzednio obowiązującego kodeksu zobowiązań, zachowało aktualność.

Artykuł 157 § 2 k.z. dla przyjęcia odpowiedzialności nie wymaga istnienia bezpośredniego związku przyczynowego między zdarzeniem a szkodą. Związek ten może być wieloczłonowy i składać się z szeregu ogniw pozostających ze sobą w stosunku, jaki zachodzi między przyczyną a skutkiem. Wówczas każde z poszczególnych ogniw związku przyczynowego podlega ocenie ze stanowiska art. 157 § 2 k.z. [obecnie — art. 361 § 1 k.c.].

PYTANIA

1. *Jaki jest ekonomiczny sens przesłanki adekwatnego związku przyczynowego?*
2. *Jak kształtują się odpowiednie przepisy prawa ukraińskiego?*

Zestaw 9 — Odpowiedzialność, ponoszenie ryzyka, ubezpieczenie

W tym rozdziale Shavell rozwija analizę, zakładając, że jednostki nie są neutralne względem ryzyka, lecz niechętne ryzyku (definicja pojęcia — zob. część 0). Jeżeli jednostki są niechętne ryzyku, to zgodnie z zasadą maksymalizacji dobrobytu społecznego nie powinny go ponosić. Instrumentem, który służy do zdjęcia ciężaru ryzyka z jednostek niechętnych ryzyku, jest **ubezpieczenie**. Istota ubezpieczenia polega na **transferze ryzyka** (przeniesieniu ryzyka na inny podmiot — tu zwykle ubezpieczyciel), jego **dystribucji** (rozłożeniu finansowych skutków ryzyka na grupę ubezpieczonych) oraz **kontroli ryzyka** (jeżeli ubezpieczony podejmuje działania mające na celu zminimalizowanie ubezpieczonego ryzyka)⁷.

Ryzykiem sprawców jest tu poniesienie odpowiedzialności cywilnej, dlatego zainteresowani będą oni nabyciem ubezpieczenia od tej odpowiedzialności. Ryzykiem poszkodowanych jest ponoszenie szkody, dlatego będą zainteresowani nabyciem ubezpieczenia od następstw wypadków.

⁷ Zob. T. Michalski (w:) J. Monkiewicz (red.): *Podstawy ubezpieczeń*, t. I — *Mechanizmy i funkcje*, Warszawa 2005, s. 49–50.

Shavell bada problem wypadku, przyjmując trzy hipotetyczne sytuacje: (1) brak odpowiedzialności cywilnej i ubezpieczenia, (2) istnienie odpowiedzialności cywilnej (ale brak ubezpieczenia) oraz (3) istnienie zarówno odpowiedzialności cywilnej, jak i ubezpieczenia.

ZADANIA

1. Korzystając z tekstu Shavella (s. 99–101) oraz pamiętając o założeniu niechęci jednostek względem ryzyka, proszę uzupełnić poniższą tabelę. Przyjmujemy, że ubezpieczenie nie jest dostępne.

Tabela 16

Reżim odpowiedzialności	Skutki w odniesieniu do sprawców	Skutki w odniesieniu do poszkodowanych
1. Brak odpowiedzialności		
2. Zasada ryzyka		
3. Zasada winy		

2. Proszę przeczytać tekst Shavella ze stron 101–104 i wypełnić poniższą tabelę. Wciąż ważne jest założenie o niechęci sprawców względem ryzyka; tym razem jednak przyjmujemy, że ubezpieczenie jest dostępne.

Tabela 17

Reżim odpowiedzialności (+zastrzeżenia)	Zachowanie sprawców	Skutki w odniesieniu do poszkodowanych
1. Zasada ryzyka; ubezpieczyciel może obserwować staranność sprawcy		
2. Zasada ryzyka; ubezpieczyciel nie może obserwować staranności sprawcy		
3. Zasada winy		

PYTANIA

1. Czy dostępność ubezpieczenia jest społecznie pożądana? Proszę uzasadnić odpowiedź.

2. Jak system ubezpieczeń wpływa na postrzeganie społecznych funkcji systemu odpowiedzialności cywilnej?

3. Jaki byłby skutek wprowadzenia powszechnie dostępnego ubezpieczenia od odpowiedzialności karnej?

Rozwinięcie: szkody niemajątkowe

W podrozdziale tym Shavell pogłębia analizę pojęcia szkody niemajątkowej i jednocześnie precyzuje swój pogląd co do funkcji, jakie wynagrodzenie tej szkody może pełnić. Shavell analizuje, jaka polisa od poniesienia szkody niematerialnej byłaby odpowiednia, w zależności od tego, w jaki sposób szkoda ta wpływa na użyteczność, którą poszkodowany czerpie z pieniędzy.

ZADANIE

Korzystając z tekstu Shavella (s. 110–111), uzupełnij poniższą tabelę:

Tabela 18

Wpływ szkody niemajątkowej na użyteczność, jaką poszkodowany czerpie z pieniędzy	Optymalna polisa ubezpieczenia od wypadków
1. Zwiększenie	
2. Brak zmian	
3. Zmniejszenie	

Zdaniem Shavella sposób, w jaki jednostki podejmują decyzję co do wyboru wysokości polisy od szkody niematerialnej, stanowi odzwierciedlenie wysokości optymalnej dla tych jednostek kompensaty tych szkód. Problem polega na tym, że w takim wypadku wysokość odszkodowań byłaby prawdopodobnie zbyt niska, by działać prewencyjnie na potencjalnych sprawców tych szkód.

PYTANIA (zob. Shavell, s. 111–114)

1. Jaki jest pomysł Shavella na zapewnienie odpowiedniego poziomu odstraszania sprawców od wyrządzania szkód niemajątkowych przy jednoczesnym uniknięciu nadmiernej kompensacji poszkodowanych?

2. Czy pomysł ten zgodny jest z funkcją zadośćuczynienia za krzywdę w prawie polskim? A w prawie ukraińskim?

Problem immunizowania sprawców od odpowiedzialności

Celem przypomnienia: mówimy, że sprawca jest immunizowany od odpowiedzialności, jeżeli jego majątek nie wystarcza na pokrycie oczekiwanych szkód, jakie ten sprawca powoduje.

ZADANIE

Proszę uzupełnić poniższe zdania:

*Jeżeli sprawca jest immunizowany od odpowiedzialności, to
to jego motywację do zakupu ubezpieczenia od odpowiedzialności i
to motywację potencjalnych poszkodowanych do zakupu ubezpieczenia od następstw
wypadków.*

Regulacja ubezpieczenia od odpowiedzialności

Shavell analizuje tę kwestię na stronach 116–119 i stwierdza, że chociaż generalnie nabywanie ubezpieczeń nie powinno być nakazane lub zakazane przez prawo, to jednak w pewnych okolicznościach regulacja jest wskazana.

ZADANIE

Proszę wypełnić poniższą tabelę, dotyczącą regulacji ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Tabela 19

Rodzaj regulacji	Kiedy regulacja jest pożądana społecznie?	Kiedy regulacja jest niepożądana społecznie?
1. Nakaz ubezpieczenia		
2. Zakaz ubezpieczenia		

Zestaw 10 — Odpowiedzialność i koszty administracyjne

Natura i znaczenie kosztów administracyjnych

W tym podrozdziale Shavell analizuje zarówno pojęcie kosztów administracyjnych związanych z odpowiedzialnością odszkodowawczą, jak również zestawia te koszty z kosztami funkcjonowania systemu ubezpieczeń.

PYTANIA

- 1. Jakie grupy kosztów można wyróżnić wśród kosztów administracyjnych?*
- 2. Jak kształtuje się relacja pomiędzy kosztami generowanymi przez system odpowiedzialności a kosztami generowanymi przez system ubezpieczenia?*
- 3. Która z zasad jest bardziej kosztowna: zasada ryzyka czy zasada winy?*

Spójecznie pożądane zastosowanie systemu odpowiedzialności przy uwzględnieniu kosztów administracyjnych

W tym rozdziale Shavell wypowiada — w kilku zdaniach — pewną tezę dotyczącą zasadności funkcjonowania systemu odpowiedzialności. Da się ją sformułować w sposób bardziej zwięzły, posługując się pojęciami krańcowych kosztów i krańcowych korzyści.

ZADANIE

Proszę uzupełnić poniższe twierdzenie.

Funkcjonowanie systemu odpowiedzialności deliktowej w danym wycinku życia społeczeństwa jest pożądane dopóki, dopóty krańcowa wynikająca z jego stosowania (polegająca na redukcji szkód) przewyższa krańcowy funkcjonowania tego systemu odpowiedzialności.

Proszę zaproponować wykres ilustrujący tę zależność.

PYTANIA

- 1. Czy według Shavella sprawca szkody powinien ponosić koszty związane z dochodzeniem od niego odszkodowania przez poszkodowanego?*
- 2. Czy koszty te powinny zostać w całości przekazane wygrywającemu poszkodowanemu?*

Prywatne i społeczne pobudki do używania systemu odpowiedzialności przy uwzględnieniu kosztów administracyjnych

W tym podrozdziale Shavell formułuje tezę, że wytoczenie powództwa może być niezgodne z interesem społecznym (choć zgodne jest z interesem strony), oraz że czasem strona nie wytoczy powództwa, chociaż zgodne by to było z interesem społeczeństwa.

PYTANIA

- 1. Jak uzasadnić tę tezę?*
- 2. W jaki sposób można walczyć z niekorzystnymi społecznie skutkami, które mogą zaistnieć w tej materii?*

PRAWO POLSKIE 10

Podstawową regulację, jeżeli chodzi o zwrot kosztów procesu w polskim postępowaniu cywilnym, zawiera art. 98 k.p.c.:

Art. 98. § 1. Strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu).

§ 2. Do niezbędnych kosztów procesu prowadzonego przez stronę osobiście lub przez pełnomocnika, który nie jest adwokatem lub radcą prawnym, zalicza się poniesione przez nią **koszty sądowe**, koszty przejazdów do sądu strony lub jej pełnomocnika oraz równowartość zarobku utraconego wskutek stawiennictwa w sądzie. Suma kosztów przejazdów i równowartość utraconego zarobku nie może przekraczać wynagrodzenia jednego adwokata wykonującego zawód w siedzibie sądu procesowego.

§ 3. (...)

§ 4. (...)

Jak łatwo zauważyć, paragraf pierwszy tego przepisu inkorporuje — w ogólniejszej postaci — tezę Shavella co do ponoszenia kosztów administracyjnych przez (przegrywającego) sprawcę szkody.

Warto przytoczyć jednak dwa przepisy, modyfikujące nieco tę generalnie prawdziwą tezę.

Art. 102. W wypadkach **szczególnie uzasadnionych** sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej w ogóle kosztami.

Przykładową konkretyzację pojęcia „szczególnie uzasadniony wypadek” zawiera na przykład teza postanowienia Sądu Najwyższego z 5 sierpnia 1981 r., II CZ 98/81, OSNC 1982, nr 2–3, poz. 36: Można uznać za sprzeczne z zasadami słuszności — i nie obciążyć pełnymi kosztami strony przegrywającej sprawę (art. 102 k.p.c.) — żądanie zapłaty kosztów procesu zgłoszone przez przeciwnika, który swym niesumiennym lub oczywiście niewłaściwym postępowaniem wywołał proces i koszty połączone z prowadzeniem tego procesu.

Treść tego orzeczenia koresponduje z treścią art. 103 k.p.c.:

Art. 103. § 1. Niezależnie od wyniku sprawy sąd może włożyć na stronę lub interwenienta obowiązek zwrotu kosztów, wywołanych ich niesumiennym lub oczywiście niewłaściwym postępowaniem.

§ 2. Dotyczy to zwłaszcza kosztów powstałych wskutek uchylenia się od wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień niezgodnych z prawdą, zatajenia lub opóźnionego powołania dowodów.

Wreszcie, bardzo doniosły praktycznie jest przepis pozwalający osobie fizycznej domagać się zwolnienia od kosztów sądowych w pewnych przypadkach:

Art. 102. 1. Zwolnienia od kosztów sądowych może się domagać **osoba fizyczna**, która złożyła oświadczenie, że **nie jest w stanie ich ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny**.

2. Do wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych powinno być dołączone oświadczenie obejmujące szczegółowe dane o stanie rodzinnym, majątku, dochodach i źródłach utrzymania osoby ubiegającej się o zwolnienie od kosztów. Oświadczenie sporządza się według ustalonego wzoru. (...)

3. (...)

4. (...)

W tym kontekście należy jednak pamiętać o brzmieniu art. 108 ustawy:

Art. 108. Zwolnienie od kosztów sądowych nie zwalnia strony od obowiązku zwrotu kosztów procesu przeciwnikowi.

PYTANIA

1. Czy polska regulacja kosztów sądowych w sprawach cywilnych odpowiada postulatowi Shavella w tej materii?

2. Jak oceniają Państwo racjonalność zwolnień od kosztów sądowych w polskim prawie?

3. Proszę przedstawić i ocenić odnośne regulacje prawa ukraińskiego.

3. ZAKOŃCZENIE I WNIOSKI

Powyższe fragmenty materiałów dydaktycznych, w połączeniu z ich uprzednio opublikowaną pierwszą partią, pozwalają Czytelnikowi na wyrobienie sobie całościowego poglądu dotyczącego tematów poruszanych na seminarium. Wybór tematów został podyktowany układem zagadnień omawianych przez Stevena Shavella w jego tekście. Z całą pewnością jest on dyskusyjny; przede wszystkim razić może brak szczegółowego opracowania kwestii odpowiedzialności za wypadki komunikacyjne. Problematyka ta miała pierwotnie być przedmiotem seminarium, jednak ostatecznie zrezygnowano z jej analizy z uwagi na stopień jej skomplikowania. Należy jeszcze raz podkreślić, że seminarium miało w większym stopniu charakter propedeutyczny, nie zaś ekspercki. Inną kwestią, która może zaciekać zwłaszcza tradycyjnie zorientowanego cywilistę-dogmatyka, jest obecność wśród omawianych tematów kwestii kosztów administracyjnych związanych z funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości oraz systemu ubezpieczeń. Tu trzeba powiedzieć z naciskiem,

że unormowania te mają zasadniczy, często rozstrzygający wpływ na ostateczny rachunek zysków i strat płynący z zastosowania poszczególnych reżimów odpowiedzialności za wypadki. Fakt, że problematyka ta jest traktowana po macoszemu w standardowych programach nauczania prawa w Polsce, z pewnością nie może być oceniony jako fortunny. W konsekwencji, adepci prawa uczą się poszukiwać optymalnych ekonomicznie rozwiązań dopiero w praktyce zawodowej, czyniąc to w sposób nieusystematyzowany. Omawiany problem sztywnego rozgraniczania poszczególnych działów prawa w procesie edukacji ma oczywiście o wiele szerszy zasięg, by wymienić tu chociażby kwestię zupełnie oddzielnego nauczania prawa zobowiązań i prawa rzeczowego. Dlatego też amerykańskie, ekonomiczne podejście, wiążące ściśle nauczanie materialnych przepisów prawa wypadków z prawem ubezpieczeń oraz kosztów administracyjnych i sądowych, należy uznać za instruktywne i warte rozważenia przy kolejnych projektach reform nauczania prawa.

MARIA KACZOROWSKA*

KONTROWERSJE WOKÓŁ UNIFIKACJI PRAWA PRYWATNEGO W EUROPIE W ŚWIECIE PROJEKTU EUROPEJSKIEGO KODEKSU CYWILNEGO

Postęp procesów integracyjnych w obrębie Unii Europejskiej w sposób znaczący wpływa na kształtowanie się prawa prywatnego o zasięgu ogólnoeuropejskim, dostosowanego do potrzeb rozwijającego się wspólnego rynku. Celowi wprowadzenia „nowego porządku prawnego” (*new legal order*¹) w zjednoczonej Europie podporządkowana jest propagowana w ostatnich latach koncepcja unifikacji prawa w formie Europejskiego Kodeksu Cywilnego. Podjęte z inicjatywy instytucji wspólnotowych² prace nad projektem jednolitego unormowania dla państw członkowskich są prowadzone przez Grupę Studyjną do spraw Europejskiego Kodeksu Cywilnego (*Study Group on a European Civil Code*) pod przewodnictwem prof. Christiana von Bara, skupiającą uczonych reprezentujących poszczególne kraje europejskie³. Ak-

* Absolwentka studiów prawniczych na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, doktorantka i aplikantka radcowska.

¹ C. Żuławska: *Uwagi o „europeizacji” prawa umów*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* (dalej: KPP) 2001, z. 2, s. 230.

² Podstawę dla rozpoczęcia prac kodyfikacyjnych stworzyły uchwały Parlamentu Europejskiego z 1989 i 1994 r., zawierające postulat unifikacji materii prywatnoprawnej na gruncie europejskim. Kierunek dalszych działań w ramach procesu europeizacji prawa prywatnego został wyznaczony przez Komisję Europejską w Komunikacie o europejskim prawie kontraktów z 2001 r., a następnie w przyjętym w 2003 r. dokumencie *Spójniejsze europejskie prawo umów. Plan działania (Action Plan)*. Przewidziano w nim przede wszystkim stworzenie tzw. Wspólnych Ram Odniesienia (*Common Frame of Reference — CFR*) i kontynuację prac nad „opcjonalnym instrumentem” (*Optional Instrument*), czyli niewiążącym europejskim kodeksem prawa prywatnego. Rozwinięcie *Planu działania* stanowi opublikowany w 2004 r. kolejny dokument KE: *Europejskie prawo kontraktów i rewizja acquis: droga naprzód (Way Forward)*. Por. np. R. Mańko: *Instytucje UE wobec idei europejskiego kodeksu cywilnego*, *Przegląd Prawa Europejskiego* 2004, nr 2, s. 39 i n.; J. Rajski: *Kierunki rozwoju europejskiego prawa kontraktów*, KPP 2002, z. 1, s. 213 i n.; *idem*: *Nowy etap rozwoju europejskiego prawa prywatnego*, KPP 2006, z. 1, s. 111 i n.

³ Działania Grupy Studyjnej opierają się głównie na ustaleniach wypracowanych przez Komisję Europejskiego Prawa Umów (*Commission on European Contract Law*), zwaną Komisją Lando. Rezultatem prac tego zespołu

tualnie przedmiotem działań Grupy von Bara, wchodzącej w skład tzw. Sieci Doskonalenia (*Network of Excellence*), jest opracowanie Wspólnych Ram Odniesienia (*Common Frame of Reference* — CFR), które mają stworzyć podstawy dla wdrożenia w dalszej perspektywie wspólnego kodeksu cywilnego dla państw Unii Europejskiej⁴.

Plany ujednolicenia materialnego prawa prywatnego na poziomie europejskim wzbudzają kontrowersje i są przedmiotem szerokiej dyskusji toczącej się w nauce. Dobrą okazję do analizy podstawowych założeń przygotowywanej kodyfikacji w świetle wynikających z postanowień traktatowych celów Wspólnoty oraz współczesnych uwarunkowań integracji — stanowi 50. rocznica podpisania traktatów rzymskich, której obchody miały miejsce w 2007 r.

Celem niniejszego opracowania jest zasygnalizowanie niektórych problemów i wątpliwości związanych z realizacją idei Europejskiego Kodeksu Cywilnego, akcentowanych w literaturze przedmiotu, zarówno polskiej, jak i zagranicznej. Zaprezentowane rozważania koncentrują się na ocenie możliwości unifikacji europejskiego prawa prywatnego pod względem merytorycznym i formalnym, a także na analizie potencjalnych skutków wdrożenia wspólnej regulacji. Ponadto podjęto próbę sformułowania postulatów odnoszących się do alternatywnych metod zbliżania systemów prawnych państw europejskich w dziedzinie prawa cywilnego.

GŁÓWNE ZAŁOŻENIA KONCEPCJI EUROPEJSKIEGO KODEKSU CYWILNEGO

Zasadniczym celem planowanej kodyfikacji europejskiej jest wypracowanie wspólnych norm prawnych regulujących stosunki ekonomiczne na obszarze Unii Europejskiej. Potrzebę pogłębienia procesu zbliżania ustawodawstw państw członkowskich, a w dalszej perspektywie wprowadzenia ujednoliconego kodeksu cywilnego dla Europy — uzasadnia się przede wszystkim koniecznością zniwelowania odrębności istniejących w poszczególnych systemach prawnych, zakłócających prawidłowe funkcjonowanie wspólnego rynku⁵. Osiągnięty do tej pory poziom harmonizacji, będący wynikiem implementacji dyrektyw wspólnotowych, uznano

badawczego są opublikowane Zasady Europejskiego Prawa Umów (*Principles of European Contract Law* — PECL), mające stanowić trzon przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego. Na temat Grupy Studyjnej do spraw Europejskiego Kodeksu Cywilnego zob. C. von Bar: *Prace nad projektem Europejskiego Kodeksu Cywilnego*, Państwo i Prawo (dalej: PiP) 2000, z. 10, s. 44 i n.; E. Hondius, A. Wiewiórkowska-Domagalska: *Europejski kodeks cywilny (analiza prac Grupy Studyjnej)*, PiP 2002, z. 6, s. 28 i n.; R. Mańko: *Europejski Kodeks Cywilny — stan prac nad projektem i perspektywy dalszego rozwoju*, *Studia Iuridica* 2004, t. XLIII, s. 141 i n.

⁴ J. Lehmann: *Europejski Kodeks Cywilny?*, *Palestra* 2007, z. 7–8, s. 86 i n.; J. Rajski: *Nowy etap rozwoju...*, *op. cit.*, s. 114.

⁵ C. von Bar: *Od zasad do kodyfikacji: perspektywy europejskiego prawa prywatnego*, KPP 2002, z. 2, s. 311; I. C. Kamiński: *Kontrowersje wokół pojęcia europejskiej kultury prawa prywatnego*, PiP 2000, z. 1, s. 40; R. Mańko: *Instytucje UE...*, *op. cit.*, s. 42; *idem*: *Prawo prywatne w Unii Europejskiej. Perspektywy na przyszłość*, War-

za niewystarczający ze względu na jej ograniczony zakres i sektorowy, fragmentaryczny charakter regulacji (*piecemeal approach*)⁶). Dodatkowym argumentem przemawiającym za słusnością powyższej tezy jest fakt, że zastosowanie instrumentów kolizyjnych przewidzianych na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego nie gwarantuje w dostatecznym stopniu eliminacji negatywnych skutków wynikających z różnic między uregulowaniami krajowymi⁸.

Ograniczenia swobody uczestników obrotu związane z wielością regulacji prawnych na poziomie europejskim są uznawane w literaturze przedmiotu za jedną z „pozataryfowych barier” w handlu wewnętrznym Unii Europejskiej⁹. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w Komunikacie Komisji Europejskiej o europejskim prawie kontraktów z 2001 r., stwierdzającym, że rozbieżności między państwowymi systemami prawnymi niekorzystnie wpływają na rozwój stosunków gospodarczych¹⁰. Ponadto nie zapewniają właściwej ochrony interesów konsumentów, a także ograniczają inicjatywę gospodarczą małych i średnich przedsiębiorców, rezygnujących z zawierania umów transgranicznych ze względu na nieznaną obcych unormowań cywilnoprawnych¹¹. Wdrożenie nowej regulacji kodeksowej na obszarze całej Wspólnoty miałoby skutkować usprawnieniem obrotu poprzez optymalizację warunków wymiany handlowej i obniżenie kosztów transakcji ponadgranicznych.

Na tej podstawie wskazuje się, że uniformizacja prawa prywatnego na gruncie europejskim stanowi niezbędny warunek ostatecznego ukształtowania wspólnego rynku Unii Europejskiej i zwiększenia jej potencjału gospodarczego. Dzięki temu w zjednoczonej Europie stworzone zostaną podwaliny pod rzeczywiste konkutowanie ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki, zajmującymi czołową pozycję ekonomiczną w świecie¹².

Tego typu argumentacji w literaturze przedmiotu przeciwstawiane są przykłady państw, w obrębie których funkcjonuje wiele systemów prawnych, jak właśnie w USA czy Wielkiej Brytanii. Fakt zróżnicowania wewnętrznych unormowań nie tylko nie przesądza o zahamowaniu obrotu gospodarczego, ale — odwrotnie — przyczynia się do wzrostu jakości stanowionego prawa i stwarza gwarancję funkcjonowania rynku w warunkach konkurencji¹³. Potwierdzeniem tego jest rozpowszechniona w praktyce obrotu prawnego stanów USA koncepcja *forum shopping*, zakładająca

szawa 2004, s. 57; O. Lando: *Can Europe build unity of civil law whilst respecting diversity?*, Europa e Diritto Privato 2006, nr 1, s. 2–3.

⁶ J. Rajski: *Kierunki rozwoju...*, op. cit., s. 215.

⁷ I.C. Kamiński: *Kontrowersje...*, op. cit., s. 39; O. Lando: *Can Europe...*, op. cit., s. 3; J. Rajski: *Kierunki rozwoju...*, op. cit., s. 213.

⁸ C. von Bar: *Od zasad...*, op. cit., s. 311.

⁹ O. Lando: *Can Europe...*, op. cit., s. 3; J. Pisuliński: *Kilka pytań o europejski kodeks cywilny*, Transformacje Prawa Prywatnego 2006, nr 2, s. 100.

¹⁰ R. Mańko: *Instytucje UE...*, op. cit., s. 42; por. też *idem*: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 57.

¹¹ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 57.

¹² C. von Bar: *Od zasad...*, op. cit., s. 311; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 77.

¹³ I.C. Kamiński: *Kontrowersje...*, op. cit., s. 37; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 78.

dokonanie przez strony umowy wyboru właściwego prawa i sądu, optymalnego z punktu widzenia ich wspólnych interesów¹⁴. Analogicznie, system prawny Wielkiej Brytanii, na który składa się prawo angielskie i szkockie, nie stanowi przeszkody w prawidłowym funkcjonowaniu gospodarki, mimo przyjętej złożonej regulacji prawnej, bez przeprowadzenia jej kodyfikacji¹⁵.

Ponadto zwraca się uwagę, że negatywne skutki zróżnicowania krajowych systemów prawnych zauważalne są głównie na gruncie prawa finansowego i prawa pracy, natomiast nie odnoszą się do sfery prawa umów¹⁶.

Obok argumentów natury ekonomicznej służących potwierdzeniu zasadności koncepcji jednolitego europejskiego prawa prywatnego, twórcy projektu przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego odwołują się do założeń integracji politycznej w ramach Wspólnoty. W myśl tych założeń, poczucie wspólnej tożsamości obywateli zjednoczonej Europy powinno wyrażać się między innymi w jednoci uregulowań prawnych¹⁷. W tym ujęciu uniformizacja prawa traktowana jest jako niezbędny czynnik warunkujący faktyczną integrację państw członkowskich Unii Europejskiej („pierwszy filar integracji”¹⁸).

Wprowadzenie ujednoliconego prawa cywilnego stanowiłoby nawiązanie do istniejącej w Europie w okresie średniowiecza uniwersalnej kultury prawnej — poprzez stworzenie nowego *ius commune Europaeum*¹⁹. Paradoksalnie, mimo odwołania do dawnej europejskiej wspólnoty w dziedzinie prawa, kierunki rozwoju współczesnego prawa prywatnego, widoczne w prowadzonych obecnie pracach kodyfikacyjnych, dowodzą odejścia od utrwalonej tradycji prawa rzymskiego i średniowiecznego *ius commune*²⁰. Tego typu nowatorskie stanowisko nie uwzględnia integracyjnej funkcji tradycji romanistycznej, sprzyjającej ujednoliceniu prawa dzięki powszechnie funkcjonującym klasycznym instytucjom zakorzenionym w systemach prawnych państw europejskich²¹.

¹⁴ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 79.

¹⁵ W stanowisku będącym odpowiedzią Naczelnej Rady Adwokackiej Anglii i Walii na cytowany powyżej Komunikat KE o europejskim prawie kontraktów eksponuje się charakterystyczne zjawisko „eksportu” prawa angielskiego, wybieranego powszechnie jako prawo właściwe przez strony międzynarodowych umów handlowych. Zob. R. Mańko: *Instytucje UE...*, op. cit., s. 45 i n. Por. też J. Pisuliński: *Kilka pytań...*, op. cit., s. 101.

¹⁶ J. Pisuliński: *Kilka pytań...*, op. cit., s. 101.

¹⁷ E. Banakas: *The contribution of comparative law to the harmonization of European private law* (w:) A. Harding, E. Örtücü (red.): *Comparative Law in the 21st Century*, London–The Hague–New York 2002, s. 187; C. von Bar: *Od zasad...*, op. cit., s. 311; O. Lando, *Can Europe...*, op. cit., s. 5; C. Żuławska: *Uwagi...*, op. cit., s. 229–230; J. Pisuliński: *Kilka pytań...*, op. cit., s. 100.

¹⁸ C. Żuławska: *Uwagi...*, op. cit., s. 230.

¹⁹ J. Smits: *On successful legal transplants in a future ius commune Europaeum* (w:) A. Harding, E. Örtücü (red.): *Comparative Law in the 21st Century*, London–The Hague–New York 2002, s. 138.

²⁰ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 37, 50 i 83; C. Żuławska: *Uwagi...*, op. cit., s. 231.

²¹ W. Dajczak: *Znaczenie tradycji prawa rzymskiego dla europejskiej harmonizacji prawa prywatnego*, PiP 2004, z. 2, s. 62; M. Kuryłowicz: *Prawo rzymskie jako fundament europejskiej kultury prawnej*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2001, z. 1, s. 18 i n. Por. też W. Dajczak: *Problem „ponadczasowości” zasad prawa rzymskiego. Uwagi w dyskusji o „nowej europejskiej kulturze prawnej”*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2005, z. 5.2, s. 15–20 (Autor prezentuje polemiczne stanowisko w stosunku do koncepcji nowej europejskiej kultury prawnej propagowanej

Godne uwagi jest również krytyczne stanowisko prezentowane przez prof. Pierre'a Légranda, jednego z głównych oponentów koncepcji Europejskiego Kodeksu Cywilnego, który akcentuje konieczność zapewnienia ochrony narodowych tradycji prawnych, składających się na kulturowe dziedzictwo cywilizacji europejskiej²². Autor upatruje w idei unifikacji prawa prywatnego i zastąpienia krajowych unormowań nowym Europejskim Kodeksem Cywilnym szczególne zagrożenie zwłaszcza dla systemu *common law*, cechującego się licznymi odrębnościami na tle regulacji kontynentalnych²³.

PLANOWANY ZAKRES PRZEDMIOTOWY EUROPEJSKIEGO KODEKSU CYWILNEGO

Zgodnie z koncepcją stworzenia jednolitego kodeksu cywilnego dla Europy, zakresem regulacji kodeksowej miałyby być objęta możliwie najobszerniejsza część materialnego prawa prywatnego. Specyfika poszczególnych działów zaliczanych do materii cywilnoprawnej i związany z nią zróżnicowany stopień harmonizacji krajowych uregulowań prawnych na poziomie europejskim przesądzają jednak o tym, że realizacja planów kodyfikacyjnych przewidujących pełną unifikację nie jest w najbliższej perspektywie możliwa²⁴. Poważne utrudnienie w procesie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich Unii Europejskiej stanowi pluralizm narodowych tradycji prawnych, wyrażający się przede wszystkim w istnieniu w Europie dwóch wielkich rodzin prawa — systemu kontynentalnego i *common law*. Rozbieżności między wewnętrznymi porządkami prawnymi dotyczą również między innymi unormowania prawa handlowego (w niektórych krajach usankcjonowana została separacja prawa handlowego i prawa cywilnego, inne ustawodawstwa dają wyraz zasadzie jedności prawa cywilnego) czy prawa rodzinnego²⁵.

przez M.W. Hesselinką, przeciwnego nawiązaniom do prawa rzymskiego we współczesnym europejskim prawie prywatnym). R. Zimmermann: *Dziedzictwo Savigny'ego. Historia prawa, prawoznawstwo porównawcze i kształtowanie się europejskiej nauki prawa*, KPP 2005, z. 1, s. 26, 36 i n.

²² I.C. Kamiński: *Kontrowersje...*, op. cit., s. 37; V. Zeno-Zencovich: *The „European Civil Code”, European legal traditions and neo-positivism* (w:) G. Alpa, E.N. Buccico (red.): *Il codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999–2000*, Milano 2001, s. 381.

²³ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 101–102.

²⁴ C. von Bar: *Prace nad projektem...*, op. cit., s. 45.

²⁵ Systemy prawne poszczególnych państw europejskich przewidują różne rozwiązania pod względem statusu prawa rodzinnego i jego relacji do unormowań cywilnoprawnych. Zgodnie z tradycyjnym ujęciem, sfera stosunków rodzinnych traktowana jest jako część prawa cywilnego, czego odzwierciedlenie stanowi objęcie jej zakresem kodeksów cywilnych. Odmienne założenia przyjęto pod wpływem doktryny komunistycznej w państwach dawnego bloku socjalistycznego, uznając prawo rodzinne za autonomiczną gałąź prawa, podlegającą regulacji w odrębnym kodeksie. Postulat zmian w tym zakresie w polskim porządku prawnym sformułowano ostatnio w *Zielonej Księdze* przygotowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego. Por. Z. Radwański (red.): *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 29–30.

W konsekwencji, rezultatem prowadzonych obecnie prac nad projektem Europejskiego Kodeksu Cywilnego może być jedynie regulacja o ograniczonym zakresie przedmiotowym. W piśmiennictwie wskazuje się, że dokonanie „syntezy norm prawnych” możliwe jest głównie na gruncie prawa zobowiązań (w zakresie prawa umów podwaliny przyszłego kodeksu tworzą Zasady Europejskiego Prawa Umów — PECL) i prawa rzeczowego w odniesieniu do rzeczy ruchomych, zwłaszcza własności i praw zastawniczych. Poza zakresem kodeksu znalazłoby się prawo rodzinne i spadkowe, a także prawo pracy oraz prawo rzeczowe w zakresie własności nieruchomości²⁶.

Odzwierciedlenie realnych możliwości ujednolicenia określonych działów prawa prywatnego stanowią wybrane zagadnienia będące przedmiotem opracowań Zespołów Roboczych działających w ramach Grupy Studyjnej do spraw EKC²⁷. W rezultacie prowadzonych prac kodyfikacyjnych, w 2004 r. przedstawiono wstępną wersję części ogólnej przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego (Księga I — Przepisy ogólne²⁸), zawierającej między innymi postanowienia dotyczące zakresu regulacji. Według proponowanego art. 1:101 ust. 1 Księgi I zakresem zastosowania kodeksu byłyby objęte: umowy i inne czynności prawne, zobowiązania umowne i pozaumowne, przeniesienie własności ruchomości, zabezpieczenie wierzytelności na ruchomościach i powiernictwo. Stosowanie Europejskiego Kodeksu Cywilnego ma być wyłączone między innymi w zakresie statusu osób fizycznych, a także na gruncie prawa spadkowego i rodzinnego, w sprawach związanych z zatrudnieniem oraz podlegających regulacji prawa spółek.

Analiza proponowanej systematyki projektu Europejskiego Kodeksu Cywilnego wskazuje, że przedmiot jego regulacji stanowią w przeważającej mierze zagadnienia z dziedziny prawa zobowiązań. Akcentując dysproporcję między postanowieniami normującymi kwestie natury obligacyjnej a regulacją z zakresu pozostałych działów prawa cywilnego, niektórzy przedstawiciele literatury przedmiotu sugerują, że przygotowywane uregulowanie ma *de facto* charakter kodeksu zobowiązań, co podważa zasadność określania go mianem „kodeksu cywilnego”²⁹.

Godne zaakcentowania jest zawarte w projekcie części ogólnej zobowiązań Europejskiego Kodeksu Cywilnego odwołanie do pojęcia rozsądnego działania

²⁶ C. von Bar: *Prace nad projektem...*, op. cit., s. 45–46; J. Basedow: *La codificazione del diritto privato nell'Unione Europea: la creazione di un ibrido* (w:) G. Alpa, E.N. Buccico (red.): *Il codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999–2000*, Milano 2001, s. 168 i 185; E. Hondius, A. Wiewiórkowska-Domagalska: *Europejski...*, op. cit., s. 29; C. Zuławska: *Uwagi...*, op. cit., s. 231–232.

²⁷ W ramach projektu kodeksu planuje się wyodrębnienie 10 ksiąg: I — Przepisy ogólne, II — Umowy i inne czynności prawne, III — Zobowiązania umowne i pozaumowne, IV — Typy umów, V — Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia, VI — Pozaumowna odpowiedzialność za szkodę, VII — Bezpodstawne wzbogacenie, VIII — Przeniesienie własności ruchomości, IX — Zabezpieczenie wierzytelności na ruchomościach, X — Powiernictwo. Projekty poszczególnych części kodeksu są dostępne na stronie internetowej Grupy Studyjnej do spraw Europejskiego Kodeksu Cywilnego http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm.

²⁸ *Illustrative draft of possible structure, especially for Books I to III*, dokument dostępny na stronie internetowej http://www.sgecc.net/media/downloads/structure04_12.pdf.

²⁹ Tak R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 51.

(*reasonableness*)³⁰. Klauzula rozsądku (rozsądnosci), charakterystyczna dla systemu *common law*, została wprowadzona do konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG), a w ostatnich latach znajduje coraz szersze zastosowanie w prawie europejskim. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że wzrost znaczenia tego typu klauzul w dziedzinie prawa cywilnego jest przejawem tendencji do jego „humanizacji”³¹.

Zgodnie z założeniami twórców Europejskiego Kodeksu Cywilnego, w obrębie prawa zobowiązań najobszerniejsza będzie regulacja prawa umów, ze względu na ich podstawowe znaczenie dla funkcjonowania obrotu na wspólnym rynku Unii Europejskiej³². W tym zakresie podstawą prac kodyfikacyjnych jest opublikowany zbiór Zasad Europejskiego Prawa Umów (PECL) Komisji Lando³³; planuje się włączenie ich do odpowiednich ksiąg kodeksu poświęconych części ogólnej zobowiązań. Pierwotnie w ramach planów kodyfikacyjnych przewidywano odrębne uregulowanie umów konsumenckich (między przedsiębiorcami i konsumentami — B2C) w celu zagwarantowania odpowiedniej ochrony słabszej stronie stosunku zobowiązaniowego, jednak Komitet Koordynujący Grupy Studyjnej do spraw Europejskiego Kodeksu Cywilnego opowiedział się przeciw takiemu rozwiązaniu³⁴.

Projekt części Europejskiego Kodeksu Cywilnego poświęconej poszczególnym typom umów obejmuje regulację umowy sprzedaży, umów o świadczenie usług, umów długoterminowych (umowy agencji, franchisingu i dystrybucji³⁵), a także umowy najmu.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na kazuistyczny charakter przepisów dotyczących sprzedaży, czego uzasadnieniem może być przyjęcie przez autorów projektu — jako punktu odniesienia — dyrektyw wspólnotowych, głównie dyrektywy 1999/44 o niektórych aspektach sprzedaży i związanych z tym gwarancjach dla konsumenta (OJ L 171/12 z 7 lipca 1999 r.). Celem prac nad regulacją z zakresu umów sprzedaży jest przede wszystkim osiągnięcie kompromisu między PECL a konwencją CISG³⁶.

³⁰ Szczegółowe omówienie tej problematyki zawiera opracowanie E. Rott-Pietrzyk: *Pojęcie rozsądku w projekcie Europejskiego Kodeksu Cywilnego* (w:) L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.): *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Zakamycze 2005, s. 701–718.

³¹ Tamże, s. 707.

³² P. Meijknecht: *Tworzenie zasad europejskiego prawa kontraktów*, PiP 2004, z. 2, s. 45; C. Żuławska: *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 232.

³³ Tekst PECL jest dostępny na stronie internetowej <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>; Polski przekład zasad ogłoszony został w KPP 2004, z. 3, s. 801 i n. i w KPP 2006, z. 3, s. 860.

³⁴ Por. E. Hondius, A. Wiewiórkowska-Domagalska: *Europejski...*, *op. cit.*, s. 31; P. Meijknecht: *Europejskie prawo sprzedaży*, s. 46; C. Żuławska: *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 232.

³⁵ Polski przekład Zasad prawa europejskiego o umowie agencyjnej, umowie franczyzy oraz umowie dystrybucyjnej ogłoszony został w KPP 2006, z. 2, s. 564–591. Zob. też E. Hondius, A. Wiewiórkowska-Domagalska: *Europejski...*, *op. cit.*, s. 35.

³⁶ E. Hondius, A. Wiewiórkowska-Domagalska: *Europejski...*, *op. cit.*, s. 33; R. Mańko: *Europejski kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 144; por. też C. Żuławska: *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 232–233.

Zgodnie z założeniami projektodawców, funkcjonalne ujęcie umów o świadczenie usług ma opierać się na wyróżnieniu nowych rodzajów umów, odpowiadających najczęściej występującym w obrocie czynnościom faktycznym. Zaliczono do nich umowy o usługi konstrukcyjne, o usługi związane z przetwarzaniem dóbr, o usługi przechowania, o usługi projektowe, o usługi informacyjne i doradcze, obejmujące na przykład usługi świadczone przez prawników, a także o usługi lecznicze³⁷. Część przedstawicieli literatury przedmiotu wyraża krytyczne stanowisko w odniesieniu do planów kodyfikacyjnych związanych z wyodrębnieniem nowych typów umów o świadczenie usług, z pominięciem tradycji prawa rzymskiego i *ius commune*. Jednym z wysuwanych argumentów przeciw proponowanym rozwiązaniom jest fakt, że odrzucenie dorobku tradycji romanistycznej w przyszłości znacznie utrudni interpretację przepisów Europejskiego Kodeksu Cywilnego przez uniemożliwienie odwołania się do prawa rzymskiego w ramach wykładni historycznej³⁸.

Ze względu na doniosłe znaczenie w obrocie wymienionych powyżej typów umów długoterminowych, dąży się do zniwelowania różnic między prawami krajowymi poprzez wprowadzenie jednolitego unormowania w tym zakresie i zapewnienie niezakłóconego rozwoju wspólnego rynku³⁹. W myśl art. 1:101 projektu Zasad europejskiego prawa o umowach agencji, franchisingu i dystrybucji przepisy ogólne mają zastosowanie nie tylko do wskazanych umów nazwanych, ale również do innych kontraktów, przewidujących, że „jedna strona, prowadząca niezależną działalność gospodarczą, wykorzystuje swoje umiejętności i wysiłki w celu wprowadzenia produktów drugiej strony na rynek”.

W dziedzinie zobowiązań niewynikających z umów prace kodyfikacyjne obejmują prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia, pozaumowną odpowiedzialność za szkodę i bezpodstawne wzbogacenie.

Z kolei w zakresie prawa rzeczowego planuje się uregulowanie przeniesienia własności ruchomości oraz zabezpieczenia wierzytelności na ruchomościach. Opracowywana regulacja miałaby między innymi zawierać definicje podstawowych pojęć i instytucji prawnorzeczowych, takich jak rzeczy ruchome, własność, ograniczone prawa rzeczowe, a także posiadanie.

³⁷ Por. E. Hondius, A. Wiewiórkowska-Domagalska: *Europejski...*, *op. cit.*, s. 32–34.

³⁸ Por. R. Mańko: *Europejski kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 145; *idem*: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 52. Autor podaje przykłady umów polegających na świadczeniu usług (takich jak umowa o roboty budowlane, umowa przechowania, umowa o usługi doradcze), zakorzenionych w porządkach prawnych państw europejskich, kwestionując zasadność uregulowania ich w sposób nowatorski w projekcie Europejskiego Kodeksu Cywilnego.

³⁹ E. Hondius, A. Wiewiórkowska-Domagalska: *Europejski...*, *op. cit.*, s. 35.

PODSTAWA PRAWNA WPROWADZENIA EUROPEJSKIEGO KODEKSU CYWILNEGO I JEGO FORMA

Na podstawie traktatu rzymskiego z 1957 r. działalność legislacyjna Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej miała ograniczać się do sfery publicznego prawa gospodarczego i służyć zapewnieniu prawidłowego funkcjonowania handlu między państwami członkowskimi. Wbrew temu założeniu, zauważalna jest pogłębiająca się ingerencja instytucji wspólnotowych dysponujących kompetencjami prawotwórczymi w dziedzinę prawa prywatnego⁴⁰. Liczne kontrowersje wzbudza zwłaszcza zaangażowanie organów Unii Europejskiej w prace nad Europejskim Kodeksem Cywilnym.

Zgodnie z argumentacją zwolenników koncepcji wspólnego kodeksu, za podstawy prawne przyznające Unii Europejskiej generalną kompetencję do wdrożenia jednolitego uregulowania w dziedzinie prawa prywatnego należy uznać głównie art. 95, a ponadto art. 61 i 65 oraz art. 308 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską⁴¹. Powołane przepisy odnoszą się odpowiednio do: środków dotyczących zbliżania ustawodawstw państw członkowskich mających na celu ustanowienie i funkcjonowanie wspólnego rynku (art. 95), środków w zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych niezbędnych do zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (art. 65) i rozszerzenia zakresu kompetencji Wspólnoty w przypadku, gdy okaże się to konieczne do osiągnięcia jednego z celów Wspólnoty w ramach funkcjonowania wspólnego rynku (art. 308). Dodatkowo, na potwierdzenie zasadności wysuwanych tez przytaczane są przyjęte w ramach teorii kompetencji Wspólnoty Europejskiej zasady *effet utile* i uprawnień dorozumianych⁴². Przewidują one zastosowanie takiej wykładni postanowień traktatów, która dopuszcza podjęcie przez Wspólnotę wszelkich działań służących realizacji określonych celów.

Odmienne stanowisko w omawianej kwestii zajmuje większość przedstawicieli doktryny. Kompleksowa analiza traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską wyklucza przyznanie Unii Europejskiej kompetencji do kodyfikacji prawa cywilnego. Przeciwno idei jednolitego europejskiego unormowania przemawiają przede wszystkim wyrażone w art. 5 TWE fundamentalne zasady pomocniczości i proporcjonalności, stanowiące podstawy funkcjonowania Wspólnoty Europejskiej⁴³.

⁴⁰ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 5 i n., s. 95.

⁴¹ J. Basedow: *La codificazione...*, op. cit., s. 180.

⁴² H. Konarski: *Perspektywy kodyfikacji europejskiego prawa zobowiązań*, Przegląd Prawa Handlowego 2004, nr 3, s. 34.

⁴³ Tamże; R. Mańko: *Idea europejskiego kodeksu cywilnego...*, op. cit., s. 168 i n.; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 91–96; C.U. Schmid: *Legitimacy Conditions for a European Civil Code*, tekst dostępny na stronie internetowej http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.17.pdf; V. Zeno-Zencovich, N. Vardi: *The Constitutional Basis of a European Private Law* (w:) A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joutstra, E. du Perron, M. Veldman (red.): *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 2004, s. 213.

Zasada pomocniczości (subsydiarności) statuuje podział kompetencji między Wspólnotą a państwa członkowskie, dopuszczając przeniesienie określonych zadań ze szczebla krajowego na wspólnotowy jedynie w przypadkach, gdy Wspólnota Europejska, ze względu na skalę lub skutki podejmowanych działań, jest w stanie realizować je efektywniej. Zastosowanie powyższej zasady jest wykluczone w odniesieniu do kompetencji wyłącznych i ogranicza się do tzw. kompetencji dzielonych między Unię Europejską i państwa członkowskie. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że uprawnienia instytucji wspólnotowych przewidziane w wymienionym wyżej art. 95 TWE należy zaliczyć do kompetencji dzielonych⁴⁴. Zgodnie z tym ujęciem, ocena podstaw prawnych wprowadzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego, który miałby zastąpić regulacje krajowe z zakresu prawa cywilnego, wymaga uwzględnienia zasady subsydiarności. Jak podkreślają przedstawiciele doktryny, dążenie do pogłębienia integracji gospodarczej poprzez znoszenie barier handlowych między państwami nie przesądza o wymogu pełnej unifikacji prawa cywilnego. W świetle przytoczonych argumentów nieuzasadnione jest pozbawienie ustawodawców krajowych kompetencji prawotwórczych w dziedzinie prywatnoprawnej i arbitralne narzucanie wspólnego unormowania.

Uzupełnienie powyższych rozważań stanowi odwołanie się do zasady proporcjonalności, która formułuje zakaz wykorzystywania przez instytucje wspólnotowe środków nieadekwatnych w stosunku do celów wynikających z postanowień traktatowych. W dołączonym do traktatu amsterdamskiego protokole dotyczącym stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności wskazano, że dobierając środki prawne służące realizacji określonych zadań, Wspólnota powinna przyznawać pierwszeństwo dyrektywom przed rozporządzeniami⁴⁵. W konsekwencji, przyjęcie zasady proporcjonalności podważa zasadność nadania przyszłemu Europejskiemu Kodeksowi Cywilnemu formy rozporządzenia, co postulowały niektóre instytucje Unii Europejskiej i część przedstawicieli literatury przedmiotu⁴⁶. Ponadto, na podstawie protokołu konieczne jest „pozostawienie możliwie najszerzego zakresu dla decyzji krajowych” i „przestrzeganie (...) organizacji i działania systemów prawnych państw członkowskich”⁴⁷.

Warto zwrócić uwagę, że koncepcja jednolitego europejskiego kodeksu, którego przedmiotem regulacji miałyby być stosunki ekonomiczne na wspólnym rynku Unii Europejskiej, nie uwzględnia transakcji zawieranych powszechnie w obrębie poszczególnych państw, pozbawionych elementu zagranicznego⁴⁸. Wprowadzenie Europejskiego Kodeksu Cywilnego na miejsce wewnętrznych regulacji państw

⁴⁴ Tak R. Mańko: *Idea europejskiego kodeksu cywilnego...*, *op. cit.*, s. 169.

⁴⁵ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 94 i 95.

⁴⁶ Por. H. Konarski: *Perspektywy...*, *op. cit.*, s. 35; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 95.

⁴⁷ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 94.

⁴⁸ Tamże, s. 95.

członkowskich pozostawałoby zatem w sprzeczności z zasadą proporcjonalności wskutek zastosowania środków zbyt daleko idących w stosunku do założonego celu.

Niezależnie od potrzeby przeprowadzenia wykładni przepisów traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w świetle zasad subsydiarności i proporcjonalności, ze względu na specyfikę prawa wspólnotowego, należy również wykluczyć przyjęcie art. 61 i 65 oraz 308 TWE jako ewentualnych podstaw prawnych uchwalenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że przewidziane w art. 65 TWE środki w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach cywilnych, służące — zgodnie z art. 61 TWE — ustanowieniu przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, znajdują zastosowanie w przypadku konfliktu praw w wymiarze międzynarodowym. Nie odnoszą się natomiast do krajowych uregulowań materialnego prawa cywilnego w formie narodowych kodeksów⁴⁹. Z kolei kompetencje, jakie przyznaje Wspólnocie art. 308 TWE, mają charakter subsydiarny, przez co nie pozwalają na wdrożenie „samodzielnej regulacji wspólnotowej z zakresu prawa prywatnego”⁵⁰.

W ramach poruszanej problematyki omówienia wymaga również zagadnienie formy przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego jako aktu prawnego. Prezentowane w piśmiennictwie, jak i dokumentach instytucji Unii Europejskiej propozycje rozwiązań odnoszące się do działań kodyfikacyjnych w ramach legislacji wspólnotowej zakładają między innymi wykorzystanie jednego z aktów prawa pochodnego Wspólnoty Europejskiej, przede wszystkim rozporządzenia lub dyrektywy⁵¹.

Teoretycznie, z punktu widzenia założeń twórców projektu Europejskiego Kodeksu Cywilnego, który miałby funkcjonować jako jednolite, kompleksowe uregulowanie wspólne dla wszystkich członków Unii, optymalna wydaje się forma rozporządzenia. Zgodnie z art. 249 ust. 2 TWE, rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich; ze względu na te cechy stanowi podstawowy środek unifikacji prawa. Wbrew powyższym argumentom, na podstawie analizy regulacji traktatu w świetle podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej, należy wykluczyć możliwość zastosowania formy rozporządzenia w pracach nad Europejskim Kodeksem Cywilnym. Sformułowanie art. 249 ust. 2 TWE przesądza o tym, że wdrożenie kodeksu w postaci rozporządzenia skutkowałoby uchyleniem krajowych unormowań z zakresu prawa cywilnego

⁴⁹ J. Basedow: *La codificazione...*, *op. cit.*, s. 181–182.

⁵⁰ Tamże, s. 180–181; H. Konarski: *Perspektywy...*, *op. cit.*, s. 35. Autorzy zaznaczają, że przytoczony przepis był wykorzystywany we wcześniejszym okresie jako podstawa działań legislacyjnych UE w sferze prawa prywatnego. Jednym z przykładów jest rozporządzenie 40/94 o wspólnotowym znaku towarowym.

⁵¹ Zastosowanie formy dyrektywy, rozporządzenia lub zalecenia rozważane było w komunikatach Komisji Europejskiej o europejskim prawie kontraktów z 2001 r. i *Planie działania* z 2003 r., a także w opinii Komitetu Ekonomicznego i Społecznego z 2002 r.; por. J. Bełdowski: *Ku Europejskiemu Kodeksowi Cywilnemu?*, Edukacja Prawnicza 2005, nr 6, s. 9; H. Konarski: *Perspektywy...*, *op. cit.*, s. 35; R. Mańko: *Instytucje UE...*, *op. cit.*, s. 43 i 47. Spośród przedstawicieli literatury przedmiotu za wydaniem rozporządzenia opowiedzieli się m.in. C. von Bar i J. Basedow; por. C. von Bar: *Prace nad projektem...*, *op. cit.*, s. 47; J. Basedow: *La codificazione...*, *op. cit.*, s. 185.

i zastąpieniem ich aktem wspólnotowym. Tak daleko idącą ingerencję Unii Europejskiej w wewnętrzne porządki prawne państw członkowskich stanowiłoby — jak wskazano wyżej — naruszenie zasady proporcjonalności⁵². W literaturze przedmiotu akcentuje się, że dotychczasowa działalność prawotwórcza Unii Europejskiej w sferze materialnego prawa cywilnego koncentrowała się głównie na wydawaniu dyrektyw. Nie posługiwano się dotąd rozporządzeniem, w odróżnieniu od dziedziny międzynarodowego postępowania cywilnego i prawa prywatnego międzynarodowego⁵³.

Inaczej niż rozporządzenie, dyrektywa jest aktem wiążącym tylko co do rezultatu, jaki ma być osiągnięty, a pozostawia państwom, do których jest skierowana, swobodę wyboru formy i środków realizacji celu (art. 249 ust. 3 TWE). W ten sposób dyrektywy odgrywają zasadniczą rolę w procesie zbliżania praw państw członkowskich, natomiast nie zapewniają ich unifikacji. Wprowadzenie Europejskiego Kodeksu Cywilnego w formie dyrektywy, dopuszczającej zastosowanie odmiennych rozwiązań w danej dziedzinie przez ustawodawców krajowych, uniemożliwiłoby spełnienie przez przygotowywany akt jego podstawowej funkcji. Na tej podstawie, zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez niektórych autorów, postulat wykorzystania dyrektywy w procesie europejskiej kodyfikacji jest nie do przyjęcia⁵⁴. Tym bardziej, że proces harmonizacji prawa prywatnego za pomocą dyrektyw wspólnotowych nie przyniósł jak dotąd oczekiwanych skutków, przede wszystkim ze względu na problemy, jakie niesie ze sobą ich implementacja do wewnętrznych porządków prawnych, a także fragmentaryczny charakter regulacji⁵⁵.

Przytoczona argumentacja wskazuje na konieczność odrzucenia perspektywy wykorzystania wiążącego aktu normatywnego Wspólnoty Europejskiej w procesie europeizacji prawa prywatnego. W tej sytuacji rozważa się alternatywne rozwiązania w zakresie formy przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego, wśród nich zastosowanie regulacji *soft law*. Tego typu koncepcja została ostatecznie przyjęta przez Komisję Europejską w dokumencie *Action Plan*, w którym przewidziano nadanie kodeksowi charakteru niewiążącego „opcjonalnego instrumentu”.

⁵² Odgórnie narzucenie państwom europejskim jednolitej regulacji kodeksowej pociągnęłoby za sobą radykalną zmianę w istniejących systemach prawnych o charakterze bezprecedensowym w skali Europy. Wątpliwości nasuwają się zwłaszcza w przypadku systemu *common law*, któremu obca jest koncepcja kodyfikacji materialnego prawa cywilnego. Takie działanie należy uznać za środek niewspółmierny wobec celu ekonomicznego, jakim jest zapewnienie właściwego funkcjonowania rynku UE.

⁵³ Por. R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 8–10.

⁵⁴ Tak C. von Bar: *Prace nad projektem...*, *op. cit.*, s. 47; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 95. Por. P. Müller-Graff, *EC Directives as a Means of Private Law Unification* (w:) A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Jouta, E. du Perron, M. Veldman (red.): *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 2004, s. 77–100. Autor analizuje proces harmonizacji z wykorzystaniem dyrektyw jako alternatywny sposób kształtowania wspólnego europejskiego prawa prywatnego w stosunku do EKC.

⁵⁵ Por. A. Bień: *O niektórych mankamentach procesu „europeizacji” krajowego prawa cywilnego (na podstawie doświadczeń Rady Legislacyjnej)*, Przegląd Legislacyjny 2004, nr 6, s. 46–52; H. Konarski: *Perspektywy...*, *op. cit.*, s. 33; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 13 i n., s. 17 i 26–27; J. Poczołub: *Trudności w implementacji dyrektyw dotyczących europejskiego prawa umów — doświadczenia polskie*, Przegląd Legislacyjny 2003, nr 2, s. 557; Z. Radwański (red.): *Zielona Księga...*, *op. cit.*, s. 98–100; por. też przyp. 6.

SKUTKI WPROWADZENIA EUROPEJSKIEGO KODEKSU CYWILNEGO

Działania podejmowane w ramach procesu europeizacji prawa prywatnego znacząco wpływają na kształt uregulowań cywilnoprawnych obowiązujących w państwach europejskich. Zasady Europejskiego Prawa Umów Komisji Lando i projekt Grupy Studyjnej do spraw Europejskiego Kodeksu Cywilnego von Bar stanowią punkt odniesienia dla ustawodawców krajowych⁵⁶. Są one przedmiotem analizy między innymi w ramach prac prowadzonych przez polską Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości⁵⁷. Analogicznie, zmienne uregulowania w zakresie prawa zobowiązań wdrożone w ostatnim czasie w Niemczech i Hiszpanii wzorowane były na rozwiązaniach przyjętych w PECL⁵⁸. Wykorzystanie tego typu opracowań zasad prawa w procesie legislacyjnym poszczególnych państw może przyczyniać się do rozwoju i doskonalenia wewnętrznych regulacji. Zgodnie z przewidywaniami przedstawicieli doktryny podobną rolę będą pełnił Wspólne Ramy Odniesienia (CFR), nad którymi podjęto prace z inicjatywy Komisji Europejskiej, a w dalszej perspektywie — niewiązący europejski kodeks prawa prywatnego w formie „opcjonalnego instrumentu”⁵⁹. Doniosłą rangę przypisuje się zwłaszcza Wspólnym Ramom Odniesienia, które w przyszłości mogą wyznaczyć kierunki interpretacji wspólnotowych aktów prawnych. W myśl tych założeń, znaczenie pojęć użytych przez ustawodawcę europejskiego byłoby ustalane według zasad określonych w CFR, niezależnie od sposobu ich rozumienia w poszczególnych państwach, co pozwoliłoby uniknąć wątpliwości interpretacyjnych. Istnieje również możliwość włączenia reguł sformułowanych w CFR bezpośrednio do treści dyrektyw. W ten sposób, w wyniku implementacji dyrektywy, Wspólne Ramy Odniesienia stawałyby się częścią wewnętrznych porządków prawnych⁶⁰.

W świetle powyższych rozważań należy położyć szczególny nacisk na zapewnienie możliwości fakultatywnego, dobrowolnego przejmowania wypracowanych uniwersalnych zasad prawa przez wewnętrzne porządki prawne⁶¹. Wymuszona zmiana obowiązujących unormowań krajowych poprzez odgórne narzucenie członkom Unii Europejskiej wspólnego Europejskiego Kodeksu Cywilnego mogłaby doprowadzić do poważnych zakłóceń w funkcjonowaniu systemów prawnych. Skutkowałaby między innymi koniecznością dostosowania sytuacji prawnych po-

⁵⁶ Por. H. Beale: *The European Civil Code Movement and the European Union's Common Frame of Reference*, Legal Information Management 2006, nr 6, s. 6; I.C. Kamiński: *Kontrowersje...*, op. cit., s. 46; H. Konarski: *Perspektywy...*, op. cit., s. 32; R. Mańko: *Idea europejskiego kodeksu cywilnego...*, op. cit., s. 177; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 105; J. Rajska: *Kierunki rozwoju...*, op. cit., s. 220.

⁵⁷ Z. Radwański (red.): *Zielona Księga...*, op. cit., s. 91; J. Rajska: *Kierunki rozwoju...*, op. cit., s. 220.

⁵⁸ J. Rajska: *Kierunki rozwoju...*, op. cit., s. 220.

⁵⁹ H. Beale: *The European...*, op. cit., s. 9–10; por. też J. Lehmann: *Europejski...*, op. cit., s. 89.

⁶⁰ H. Beale: *The European...*, op. cit., s. 9.

⁶¹ Por. C. von Bar: *Od zasad...*, op. cit., s. 314; E. Rott-Pietrzyk: *Pojęcie rozsądku...*, op. cit., s. 704.

wstałych na gruncie istniejącego poprzednio uregulowania do nowych norm kodeksowych. Przykładem może być problem ochrony praw nabytych dotyczący instytucji prawnych o charakterze „długoterminowym”, takich jak użytkowanie wieczyste w prawie polskim. W takich przypadkach konieczne byłoby wydanie odpowiednich przepisów intertemporalnych.

Warto podkreślić, że realizacja planów kodyfikacyjnych prowadzących do ujednolicenia prawa cywilnego na poziomie europejskim pociągnęłaby za sobą znaczne ograniczenie roli regulacji kolizyjnych w zakresie objętym Europejskim Kodeksem Cywilnym. Wprowadzenie jednolitego aktu prawnego, zastępującego krajowe unormowania, wyklucza potrzebę stosowania norm rozstrzygających kolizje między systemami prawnymi państw Europy. Jednocześnie europejska kodyfikacja pozbawiłaby strony stosunków zobowiązaniowych możliwości dokonania wyboru prawa jednego z krajów europejskich jako prawa właściwego⁶². Stanowiłoby to istotne ograniczenie autonomii woli stron na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego⁶³. W tym kontekście godne wyeksponowania są postulaty dotyczące wprowadzenia możliwości wyboru prawa innego niż prawo państwa („prawa niepaństwowego”)⁶⁴. Zastosowanie tego typu rozwiązania stworzyłoby perspektywę wykorzystania przez strony umowy niewiążących zasad prawa, takich jak Zasady Europejskiego Prawa Umów czy Zasady UNIDROIT Międzynarodowych Kontraktów Handlowych, wydanych w 1994 r. przez Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego, a w przyszłości również Europejskiego Kodeksu Cywilnego.

Perspektywa kodyfikacji prawa cywilnego w Europie wiąże się ponadto z koniecznością wypracowania wspólnych zasad wykładni przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego, a także ustalenia jednolitej terminologii prawnej. Jest to niezbędne ze względu na rozbieżności interpretacji dokonywanej przez sądownictwo i doktrynę w poszczególnych krajach. Eksponowane są zwłaszcza różnice w sposobie pojmowania klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych, ściśle związanym z istniejącymi w danym państwie tradycjami kulturowymi⁶⁵. W celu zapewnienia

⁶² W literaturze przedmiotu wskazuje się, że jednym z najczęściej wybieranych przez strony jest prawo angielskie. Por. H. Beale: *The European...*, *op. cit.*, s. 10; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 46.

⁶³ Odmienne stanowisko w tej kwestii zajmuje H. Konarski, wskazując na szczególne znaczenie konkurencji między krajowymi systemami prawnymi w zakresie regulacji o charakterze bezwzględnie obowiązującym, w odróżnieniu od sfery prawa cywilnego, zwłaszcza prawa zobowiązań. Zdaniem autora, normy dyspozytywne, istniejące na gruncie uregulowań cywilnoprawnych, umożliwiają stronom transakcji dowolne modyfikowanie łączącego je stosunku prawnego, mimo braku wyboru prawa określonego państwa. Dodatkowym argumentem mającym przemawiać za słusznością powyższej tezy jest fakt, że niezależnie od jednolitego kodeksu obowiązującego w państwach członkowskich, umowa stron mogłaby zostać poddana prawu jednego z krajów nienależących do struktur UE. Por. H. Konarski: *Perspektywy...*, *op. cit.*, s. 35.

⁶⁴ Zob. uzasadnienie wniosku z 15 grudnia 2005 r. odnoszącego się do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), COM/2005/0650 final — COD 2005/0261. Tekst projektu ogłoszony w KPP 2006, z. 1, s. 254 i n.

⁶⁵ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 100. Autor sugeruje, że przy interpretacji tego typu pojęć zawartych w przyszłym EKC byłby uwzględniany obowiązujący poprzednio stan prawny, w ramach wykładni *quasi*-historycznej.

ujednoliconej interpretacji przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego, zgłaszane są postulaty utworzenia europejskiego sądu prawa prywatnego — Izby Cywilnej przy Europejskim Trybunale Sprawiedliwości lub Sądzie Pierwszej Instancji, złożonej z sędziów reprezentujących państwa członkowskie⁶⁶. W myśl tych założeń orzeczenia wydawane przez sąd w odpowiedzi na pytania prawne w trybie analogicznym do przewidzianego w art. 234 TWE (procedura pytań prawnych) byłyby wiążące na zasadzie precedensu⁶⁷.

Podobnie, poważne utrudnienie w pracach nad projektem zunifikowanej regulacji cywilnoprawnej stanowi niespójność terminologii stosowanej w systemach prawnych państw europejskich⁶⁸. Zgodnie z sugestią R. Mańki, w wyniku tłumaczenia opracowanego tekstu Europejskiego Kodeksu Cywilnego na poszczególne języki może powstać *de facto* nie jeden, a wiele różnych kodeksów⁶⁹. Język prawny i prawniczy, zaliczane do tzw. języków specjalistycznych, obejmują terminy o charakterze technicznym, które niejednokrotnie nie posiadają odpowiedników w innych porządkach prawnych. Szczególny nacisk kładzie się na odrębności tradycji *civil law* (systemu kontynentalnego) i *common law*, posługujących się specyficznymi konstrukcjami prawnymi i aparaturą pojęciową⁷⁰. Za podstawę wspólnej europejskiej terminologii prawnej jest uznawany język angielski, przyjęty także jako język roboczy w pracach badawczych Grupy Studyjnej do spraw Europejskiego Kodeksu Cywilnego⁷¹. Akcentuje się zwłaszcza dominującą rolę tzw. międzynarodowego języka angielskiego, odbiegającego od powszechnie używanego w Wielkiej Brytanii czy Stanach Zjednoczonych, który cechuje „elastyczność i jednoznaczność”⁷². Wobec sygnalizowanych problemów związanych z przystosowaniem instrumentarium językowego do wymogów szerokiego zastosowania Europejskiego Kodeksu

⁶⁶ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 101; C.U. Schmid: *Legitimacy...*, op. cit., s. 17–18.

⁶⁷ Odmienne rozwiązanie zaproponował C.U. Schmid, opowiadając się za nadaniem decyzjom europejskiego sądu prawa prywatnego charakteru niewiążącego.

⁶⁸ W opinii części przedstawicieli literatury przedmiotu różnice językowe są na tyle znaczące, że należy wykluczyć możliwość stworzenia jednolitego kodeksu europejskiego. Daje temu wyraz stwierdzenie R. Zimmermanna: „Języki i systemy prawne idą w parze. Nikt nie mówi *po europejsku*. Jak więc możemy mieć europejskie prawo?”. Por. R. Zimmermann: *Dziedzictwo...*, op. cit., s. 35–36.

⁶⁹ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 99.

⁷⁰ C. Castronovo: *I Principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo*, Vita Notarile 2000, nr 3, s. 1220 i n.; E. Ioriatti Ferrari, *Linguaggio giuridico e traduzione nel diritto comunitario e nel diritto privato europeo*, <http://europa.eu.int/italia/documenti/REL/ioriatti.doc>. Jako przykład można wskazać funkcjonujące w systemie *common law* pojęcie rozsądku (*reasonableness*).

⁷¹ C. von Bar: *Prace nad projektem...*, op. cit., s. 45. W piśmiennictwie prezentowane są krytyczne oceny takiego rozwiązania. Zgodnie z przytaczaną argumentacją, wybór określonego języka determinuje kształt redagowanego tekstu prawnego, a zatem przekład na inne języki nie odzwierciedlałyby sensu przepisów sformułowanych pierwotnie w języku angielskim. Z drugiej strony zwraca się uwagę, że wykorzystanie języka „neutralnego”, rzadko używanego w obrocie międzynarodowym, w przeciwieństwie do języka angielskiego, znacznie utrudniłoby działania kodyfikacyjne. Zob. C. Castronovo: *I Principi...*, op. cit., s. 1220; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 48; J. Pisuliński: *Kilka pytań...*, op. cit., s. 106.

⁷² B. Pasa, Rec.: R. Schulze, G. Ajani (red.): *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts / Common Principles of European Private Law*, Baden–Baden 2003, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 2004, nr 3, s. 1099.

Cywilnego, postulowane jest odwołanie się do łacińskiej bazy terminologicznej, szczególnie paremii prawnych, powszechnie przyjętych w porządkach prawnych państw Europy. Terminologia łacińska po dziś dzień jest wykorzystywana w praktyce i doktrynie, między innymi w zakresie nazewnictwa podstawowych instytucji prawnych, co świadczy o jej uniwersalnym charakterze⁷³. W literaturze przedmiotu rozważa się również możliwość zastosowania angielskiego języka prawniczego używanego w krajach reprezentujących system tzw. prawa rzymsko-holenderskiego, wywodzący się z *ius commune* (należy do nich np. Republika Południowej Afryki)⁷⁴.

Analiza koncepcji Europejskiego Kodeksu Cywilnego wymaga rozważenia potencjalnych skutków wprowadzenia w państwach Europy jednolitej regulacji w aspekcie ekonomicznym. Przewiduje się, że realizacja planów kodyfikacyjnych — ze względu na skalę podejmowanych działań — pociągnie za sobą znaczne koszty⁷⁵. Jednym z zarzutów podnoszonych przez oponentów idei Europejskiego Kodeksu Cywilnego są kontrowersje wokół wysokich nakładów finansowych związanych z funkcjonowaniem zespołów badawczych przygotowujących projekt wspólnego uregulowania⁷⁶. Ponadto wskazuje się, że źródłem poważnych utrudnień, a zarazem wysokich kosztów będzie proces dostosowania jednolitej regulacji kodeksowej do uwarunkowań wewnętrznych systemów prawnych poszczególnych krajów. Szczególne znaczenie ma konieczność opracowania różnych wersji językowych Europejskiego Kodeksu Cywilnego i zapewnienia ich spójności⁷⁷. Należy również uwzględnić możliwość ewentualnych skutków błędów legislacyjnych w ramach europejskiej kodyfikacji. Wadliwość zunifikowanego unormowania potencjalnie może prowadzić do negatywnych konsekwencji, odczuwanych przez wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej objęte wspólną regulacją⁷⁸. W tym kontekście niezbędne jest stworzenie mechanizmów umożliwiających korektę tego typu uchybień w odpowiednim trybie⁷⁹.

⁷³ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 48–49 i 99–100.

⁷⁴ Tamże, s. 48. Jak wskazuje R. Mańko, istniejąca na gruncie tego systemu aparatura pojęciowa stała się punktem odniesienia dla twórców projektu EKC w zakresie regulacji dotyczącej sprzedaży. Potwierdzeniem tego jest określenie własności za pomocą pojęcia *ownership* zamiast brytyjskiego *property*.

⁷⁵ Tamże, s. 36, 64 i 95–96. Autor przytacza słowa Olego Lando, przewodniczącego Komisji Europejskiego Prawa Umów: „wprowadzenie nowego prawa umów w Europie kosztować będzie pot, łyż i pieniądze”, zob. s. 36.

⁷⁶ Tamże, s. 95–96. Powołując się na wyniki ekonomicznej analizy prawa, autor zwraca uwagę, że dokonanie zmian w systemie prawa w ramach procesu prawodawczego niesie ze sobą znacznie wyższe koszty w porównaniu z działalnością orzecznictw sądów na zasadzie wiążącego precedensu.

⁷⁷ B. Pasa: *Gemeinsame...*, op. cit., s. 1098.

⁷⁸ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, op. cit., s. 102.

⁷⁹ C.U. Schmid: *Legitimity...*, op. cit., s. 4.

POSTULATY DOTYCZĄCE PROCESU EUROPEIZACJI PRAWA PRYWATNEGO

Pogłębiona analiza podstawowych założeń idei europejskiej kodyfikacji prawa cywilnego prowadzi do wniosku, że plany objęcia państw członkowskich ujednoliconą regulacją kodeksową nie mogą być w najbliższym czasie zrealizowane⁸⁰. W tej sytuacji, zgodnie z przeważającym w doktrynie stanowiskiem, działania mające na celu kształtowanie europejskiego prawa prywatnego powinny być nakierowane na pogłębianie współpracy i dialogu między państwami Europy reprezentującymi różne tradycje prawne oraz kontynuowanie badań zmierzających do ustalenia wspólnych europejskich zasad prawa. Wyrazem tej tendencji jest modyfikacja modelu europeizacji w myśl zasady „z dołu w górę” (*bottom-up*) zamiast obowiązującego poprzednio „z góry na dół” (*top-down*)⁸¹. Przyjęte podejście zakłada „organiczny” rozwój prawa, przeciwstawiony odgórnemu narzucaniu jednolitych unormowań państwom członkowskich przez instytucje wspólnotowe. Stopniowe wypracowywanie optymalnych rozwiązań ma dokonywać się przez umożliwienie swoistej konkurencji reguł prawnych.

Dała temu wyraz Komisja Europejska w Białej Księdze o sprawowaniu władzy w Europie z 2001 r., wskazując, że: „Potrzebna jest wzmożona kultura konsultacji i dialogu; kultura, która zostałaby przyswojona przez wszystkie instytucje europejskie i która włączyłaby w szczególności Parlament Europejski w proces konsultacyjny, biorąc pod uwagę jego rolę jako przedstawiciela obywateli”⁸². W tym kontekście proponuje się wykorzystanie w pracach nad przyszłym Europejskim Kodeksem Cywilnym procedury wzorowanej na pytaniach skierowanych do parlamentu w trakcie przygotowywania projektu holenderskiego kodeksu cywilnego na początku lat 50. XX w. Przedstawiona przez autora projektu, prof. Eduarda Meijersa, lista pytań obejmowała głównie zagadnienia z zakresu prawa majątkowego, które zostały poddane jawnej dyskusji na forum parlamentu⁸³. Analogiczne rozwiązanie zastosowane w ramach kodyfikacji prawa prywatnego w Europie umożliwiłoby włączenie w prowadzone prace przygotowawcze nie tylko Parlamentu Europejskiego, ale również szerokiego kręgu zainteresowanych podmiotów⁸⁴.

W zaprezentowany powyżej schemat procesu tworzenia nowego europejskiego *ius commune* wpisują się postulaty zastosowania w pracach kodyfikacyjnych konstrukcji *soft law*. Rozważana jest przede wszystkim forma *restatements*, rozpowszechnionych w USA, publikowanych przez Amerykański Instytut Prawa (American

⁸⁰ Por. rozmowa z Christianem von Bar'em przeprowadzona przez J. Lehmana, *Palestra* 2007, z. 7–8, s. 83.

⁸¹ C. von Bar: *Od zasad...*, op. cit., s. 312; J. Smits: *On successful...*, op. cit., s. 141.

⁸² Cyt. za: M.W. Hesselink: *Polityczne aspekty europejskiego kodeksu cywilnego*, KPP 2006, z. 2, s. 331–332.

⁸³ Tamże, s. 326 i n.

⁸⁴ Tamże. Autor przedstawił 50 przykładowych pytań do Parlamentu Europejskiego dotyczących problematyki objętej zakresem projektu EKC.

Law Institute — ALI)⁸⁵. Została ona wykorzystana w ramach realizacji projektów Zasad Europejskiego Prawa Umów (PECL) i Zasad UNIDROIT. Głównym celem Restatements of the Law jest systematyzacja podstawowych, powszechnie akceptowanych zasad prawa amerykańskiego w formie zbiorów o charakterystycznej strukturze⁸⁶. Obejmują one przepisy opatrzone komentarzem, których uzupełnienie stanowią przykładowe kazusy (*illustrations*), obrazujące praktyczne zastosowanie danego przepisu⁸⁷. *Restatements* są powszechnie wykorzystywane w procesie orzekania przez sądy i przytaczane w wydawanych opiniach prawnych, co świadczy o ich znaczącej roli w praktyce zawodowej prawników.

Punktem odniesienia dla procesu unifikacji prawa prywatnego w Europie są również tzw. mieszane systemy prawne (*mixed legal systems*), funkcjonujące w Republice Południowej Afryki, Szkocji, kanadyjskiej prowincji Quebec i Luizjanie⁸⁸. Ich specyfika polega na połączeniu elementów systemu prawa kontynentalnego i *common law*, co świadczy o „przezwyciężeniu różnic” między tymi dwiema odmiennymi tradycjami prawnymi⁸⁹. Za najbardziej reprezentatywny przykład mieszanego systemu prawnego uznawane jest prawo RPA, ukształtowane „od podstaw” z wykorzystaniem rozwiązań zaczerpniętych z *civil law* i *common law*⁹⁰. Omawiana kategoria systemów prawnych ściśle wiąże się z prezentowaną w literaturze przedmiotu koncepcją „prawnych transplantów” (*legal transplants*)⁹¹. W myśl założeń powyższej teorii, podstawą rozwoju prawa jest stosowanie tzw. prawnych zapożyczeń (*legal borrowing*), czyli transponowanie określonych rozwiązań istniejących w państwie „eksportującym” do porządku prawnego państwa „importującego”⁹². Na tej podstawie zgłaszane są postulaty wykorzystania przedstawionych rozwiązań w procesie europeizacji prawa prywatnego. Nowe europejskie *ius com-*

⁸⁵ E. Banakas: *The contribution...*, *op. cit.*, s. 189–191; R. Hyland: *The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination* (w:) A. Hartkamp *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 2004, s. 59–75; C.U. Schmid: *Legitimacy...*, *op. cit.*, s. 13 i n. Godny uwagi jest fakt, że możliwość zastosowania formuły zbliżonej do *restatements* w procesie kształtowania wspólnego europejskiego prawa umów przewidywał Komunikat KE z 2001 r. o europejskim prawie kontraktów; por. C. von Bar: *Od zasad...*, *op. cit.*, s. 309; R. Mańko: *Instytucje UE...*, *op. cit.*, s. 42.

⁸⁶ R. Hyland: *The American...*, *op. cit.*, s. 59; C.U. Schmid: *Legitimacy...*, *op. cit.*, s. 13. Por. też J. Basedow: *La codificazione...*, *op. cit.*, s. 173.

⁸⁷ R. Hyland: *The American...*, *op. cit.*, s. 60; H. Konarski: *Perspektywy...*, *op. cit.*, s. 32; R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 37; E. Rott-Pietrzyk: *Pojęcie rozstrzygnięcia...*, *op. cit.*, s. 704.

⁸⁸ M.W. Hesselink: *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli 2005, s. 105; J. Smits: *On successful...*, *op. cit.*, s. 148 i n.

⁸⁹ M.W. Hesselink: *La nuova cultura...*, *op. cit.*, s. 105.

⁹⁰ J. Smits: *On successful...*, *op. cit.*, s. 148.

⁹¹ Tamże, s. 139 i n.; A. Watson: *Legal transplants and European private law*, *Electronic Journal of comparative Law* 2000, vol. 4.4, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.

⁹² Zgodnie z argumentacją przytoczoną przez A. Watsona, tego typu metoda stanowi ugruntowany, powszechnie przyjęty sposób kształtowania prawa. Przykładem zastosowania prawnych transplantów jest recepcja *Corpus Iuris Civilis*, a także francuski Code civil, początkowo narzucony przez Napoleona, a następnie — po jego upadku — utrzymany w systemach prawnych państw europejskich. Por. A. Watson: *Legal...*, *op. cit.*

mune mogłoby funkcjonować jako mieszany system prawny, oparty na zapożyczeniach z tradycji prawnych poszczególnych krajów⁹³.

Podjęcie działań legislacyjnych przez instytucje wspólnotowe powinna poprzedzić ogólnoeuropejska debata poświęcona planom ujednolicenia europejskiego prawa prywatnego, z udziałem uczonych i przedstawicieli środowisk prawniczych.

W tym kontekście doniosłą rangę przypisuje się badaniom prawnoporównawczym, umożliwiającym wyeksponowanie elementów łączących porządku prawne państw europejskich, a tym samym wnoszącym istotny wkład w proces unifikacji prawa⁹⁴. W powyższym ujęciu rola komparatystyki prawniczej nie sprowadza się do „informowania” o obcych uregulowaniach, ale polega przede wszystkim na identyfikowaniu rozwiązań i reguł wspólnych dla różnych systemów prawnych⁹⁵. Dodatkowo, na podstawie zestawienia odmiennych koncepcji przyjętych w ustawodawstwach poszczególnych krajów, badania komparatystyczne sprzyjają doskonaleniu prawa poprzez wybór optymalnego ujęcia normowanych zagadnień⁹⁶. Należy podkreślić, że metoda komparatystyczna stała się podstawą prac prowadzonych przez europejskie grupy robocze mające na celu sformułowanie wspólnych zasad z zakresu materii prywatnoprawnej.

Jednocześnie perspektywa stworzenia wspólnej regulacji wymaga modyfikacji systemu kształcenia prawniczego w państwach europejskich, między innymi poprzez włączenie PECL, będących podstawą przyszłego Europejskiego Kodeksu Cywilnego, do programów nauczania akademickiego⁹⁷. Postuluje się wprowadzenie metod nauczania analogicznych do stosowanej w USA, zakładającej wyeksponowanie rozwiązań wspólnych dla wszystkich praw stanowych, a nie ograniczającej się do uregulowań poszczególnych stanów⁹⁸. Istotną rolę odgrywa również współpraca między europejskimi ośrodkami uniwersyteckimi, której przejawem są różnego rodzaju programy międzynarodowej wymiany studentów, takie jak Tempus czy Erasmus, umożliwiające poszerzanie wiedzy na temat obcych systemów prawnych⁹⁹.

Rozpowszechnianiu problematyki związanej z procesem unifikacji prawa prywatnego sprzyjają liczne publikacje naukowe z tego zakresu, a także organizowane konferencje. Przykładem jest II Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, poświęcony

⁹³ J. Smits: *On successful...*, *op. cit.*, s. 139 i n.; A. Watson: *Legal...*, *op. cit.*

⁹⁴ E. Banakas: *The contribution...*, *op. cit.*, s. 180 i n.; W. Dajczak: *Znaczenie tradycji...*, *op. cit.*, s. 62; I.C. Kamiński: *Kontrowersje...*, *op. cit.*, s. 40–41 i 47; R. Zimmermann: *Dziedzictwo...*, *op. cit.*, s. 44.

⁹⁵ I.C. Kamiński: *Kontrowersje...*, *op. cit.*, s. 41.

⁹⁶ R. Zimmermann: *Dziedzictwo...*, *op. cit.*, s. 45.

⁹⁷ R. Mańko: *Prawo prywatne...*, *op. cit.*, s. 104; J. Rajski: *Kierunki rozwoju...*, *op. cit.*, s. 220.

⁹⁸ H. Konarski, *Perspektywy...*, *op. cit.*, s. 36–37.

⁹⁹ Tamże, s. 36; B.S. Markesinis: *Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity* (w:) G. Alpa. E.N. Buccico (red.): *Il codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999–2000*, Milano 2001, s. 304–305.

europelizacji prawa prywatnego, który miał miejsce we wrześniu 2006 r.¹⁰⁰, jak również odbywające się w różnych państwach europejskich konferencje i spotkania robocze dotyczące projektu Wspólnych Ram Odniesienia¹⁰¹.

Tego typu podejście, przewidujące współdziałanie państw członkowskich Unii Europejskiej w wielu wymiarach, w duchu poszanowania narodowych tradycji prawnych, może stworzyć podstawy nawiązania dialogu między europejskimi kulturami prawnymi w dążeniu do wypracowania najkorzystniejszych rozwiązań prawnych w zjednoczonej Europie. W tym kontekście szczególną wymowę zyskują słowa Ojca Świętego Jana Pawła II skierowane do przedstawicieli instytucji wspólnotowych podczas przemówienia w Luksemburgu 15 maja 1985 r., odnoszące się do roli ówczesnej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej w kształtowaniu nowych regulacji prawnych dla państw członkowskich: „(...) EWG znalazła się w bezprecedensowej sytuacji. Skupia ona narody, które na przestrzeni swej historii — w miarę jak ugruntowywała się ich autonomia i zacierała względna jednorodność cywilizacji antycznej i średniowiecznej — wytworzyły odrębne tradycje prawne. Obecnie Waszym zadaniem jest zbliżanie zróżnicowanych systemów ustawodawczych, dążenie do spotkania się wielkich tradycji, które je inspirują. Wydaje mi się, że tworzenie autonomicznego europejskiego systemu prawnego daje Wam szansę wyjścia poza banalne zestawienie różnych przepisów i pragmatyczne kompromisy, choć potrzebny będzie po temu dłuższy proces (...). Wasza praca doprowadzi stopniowo do wzbogacenia wielkiej zbiorowości europejskiej wartościami charakterystycznymi dla poszczególnych jej części (...)”¹⁰².

¹⁰⁰ Zob. np. A. Redzik: „Europeizacja prawa prywatnego”. *Sprawozdanie z II Ogólnopolskiego Zjazdu Cywiliściów, Wisła, 28–30 września 2006*, *Palestra* 2006, z. 11–12, s. 221–228; E. Rott-Pietrzyk, *Europeizacja prawa prywatnego — nowe trendy. Sprawozdanie z II Ogólnopolskiego Zjazdu Cywiliściów, Katowice–Wisła, 28–30 września 2006 r.*, cz. I, *Rejent* 2006, nr 11, s. 173–194; cz. II, *Rejent* 2006, nr 12, s. 130–149.

¹⁰¹ Por. J. Lehmann: *Europejski...*, *op. cit.*, s. 87.

¹⁰² Cyt. za: S. Sowiński, R. Zenderowski: *Europa drogą Kościoła. Jan Paweł II o Europie i europejskości*, Wrocław 2003, s. 201.

DOMINIKA KORDAS*

KONSUMENT JAKO STRONA
TZW. UMOWY MIESZANEJ.
KILKA UWAG NAD ORZECZENIEM
EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI
W SPRAWIE JOHANN GRUBER PRZECIWKO BAY WA AG¹

Prawo wspólnotowe zajmuje się konsumentem jako takim od lat 80. XX w.² Nie wypracowało jednak jednej ogólnej definicji konsumenta; można się spierać, czy jej stworzenie jest w ogóle możliwe, nie mówiąc już o tym, czy potrzebne. Dyrektywy konsumenckie realizują bowiem różne cele, w związku z tym autonomicznie definiują też samo pojęcie konsumenta. Zasadniczo można stwierdzić, iż chodzi o osobę fizyczną, działającą, by realizować cele nie-gospodarcze i nie-zarobkowe³. Takie wąskie ujęcie pozwala, w moim przekonaniu, w najwyższym stopniu pogodzić potrzebę ochrony typowo słabszej strony stosunków zobowiązaniowych, jaką jest konsument, oraz pożądaną przecież w warunkach gospodarki rynkowej pewności obrotu⁴.

* Aplikant adwokacki, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zainteresowania naukowe autorki związane są z szeroko pojętym prawem cywilnym i gospodarczym.

¹ Orzeczenie z dnia 20 stycznia 2005 r., C-464/01; http://curia.europa.eu/pl/content/juris/index_form.htm.

² Początkowo prawo wspólnotowe zorientowane było wyłącznie na stworzenie warunków do integracji gospodarczej. Odbiorcą działań aktywnych uczestników rynku miał być oczywiście zwykły obywatel Wspólnoty, ale wychodzono z założenia, że jego wygoda, poziom życia czy szeroko rozumiana wolność przyjdą niejako same, wraz z rozwojem wspólnego rynku. Okazało się jednak, iż dbałość o zapewnienie konkurencyjności i brak dyskryminacji w działalności gospodarczej nie wystarczą. Jednocześnie wypada zauważyć, iż właśnie działalność normotwórcza na tym polu uważana jest za początek europejskiej harmonizacji prawa cywilnego. Szerzej kwestiami cywilistycznymi zajęto się bowiem na forum europejskim dopiero w końcu lat 90. XX w.; por. E. Łętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 6-7, 33-35, 53-54.

³ E. Łętowska: *Europejskie...*, op. cit., s. 49, 55.

⁴ Problem ten wykracza zdecydowanie poza ramy niniejszego opracowania, nie będzie więc dalej rozwijany.

Od noweli z roku 2003 polski kodeks cywilny zawiera ogólną definicję konsumenta (art. 22¹ k.c.)⁵. Jest nim każda osoba fizyczna w ramach dokonywanej przez siebie czynności prawnej, pod warunkiem iż działa w celu bezpośrednio niezwiązanym ze swoją działalnością gospodarczą lub zawodową. Wymóg owego braku bezpośredniego związku z działalnością gospodarczą bądź zawodową zdaje się dopuszczać przyznanie statusu konsumenta także w przypadku tzw. transakcji mieszanych, a więc realizujących podwójny cel: częściowo prywatny, częściowo gospodarczy. To z kolei każe zapytać, kiedy stronie takiej transakcji należy udzielić szczególnej ochrony jako konsumentowi, a kiedy ochrony takiej odmówić?

Nieco inaczej na kwestię tę spojrzeć należy z perspektywy ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 141, poz. 1176). W jej art. 1 ust. 1 ustawodawca nie mówi już o braku bezpośredniego związku z działalnością gospodarczą lub zawodową dokonującej danej czynności prawnej osoby fizycznej a braku jakiegokolwiek z nimi związku. Taka definicja, zbieżna *nota bene* z tą znaną większości wspólnotowych dyrektyw konsumenckich, stawia pod znakiem zapytania możliwość zakwalifikowania jakiegokolwiek transakcji mieszanej jako dokonanej z udziałem konsumenta. Ta też definicja będzie wykorzystywana w poniższych rozważaniach jako znajdująca zastosowanie w najczęściej zawieranych przez konsumentów umowach — w umowach sprzedaży.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości, w stosunkowo niedawnym orzeczeniu wydanym w sprawie Johann Gruber przeciwko Bay Wa AG⁶, odpowiedział na podobnie postawione pytanie jednoznacznie: udzielenia ochrony należy odmówić zawsze, gdy realizowany daną umową mieszaną cel gospodarczy jest co najmniej niepomijalny. Orzeczenie zapadło na gruncie konwencji brukselskiej z dnia 27 września 1968 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych⁷. Należy więc zastanowić się, czy teza taka nadaje się do generalnego stosowania, a więc w każdej sytuacji mieszanej. Orzeczenie zapadło przecież na gruncie specyficznym, bo zasad jurysdykcji w sprawach konsumenckich;

⁵ Prawu polskiemu pojęcie to znane było oczywiście dużo wcześniej. Ustawodawca zdefiniował je już w § 3 lit. b rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 maja 1995 r. w sprawie szczegółowych warunków zawierania i wykonywania umów sprzedaży rzeczy ruchomych z udziałem konsumentów (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). Jeszcze przed wprowadzeniem wskazanej definicji legalnej, doktryna pojęcie to formułowała na bazie regulacji umów zawieranych właśnie z konsumentami. Szerzej P. Mostowik: *Uwagi dotyczące rozwoju prawa konsumenckiego na tle nowelizacji kodeksu cywilnego z 2003 roku*, Radca Prawny 2003, nr 4, s. 37.

⁶ Zob. przyp. 1.

⁷ Dz.U. 1972, L 299, s. 32; konwencja lugańska z dnia 16 września 1988 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 10, poz. 132) zawiera bliźniacze zapisy; zasadniczo analogiczne zawiera także rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.U. WE z dnia 16 stycznia 2001 r., L 12, s. 1; przykład polski: wydanie specjalne Dz.Urz. UE, rozdz. 19, t. 4, s. 42; rozporządzenie wydano w związku z uwspólnotowaniem prawa procesowego na mocy traktatu amsterdamskiego, faktycznie zastąpiło ono konwencję brukselską — jako rozporządzenie obowiązuje w całości i bezpośrednio w państwach członkowskich.

specyficznym, bo wskazana konwencja jest źródłem norm postępowania, podczas gdy stanowiące zwykle podstawę rozważań tzw. dyrektywy konsumenckie, te, które stanowią o zakresie ochrony konsumenta w Unii Europejskiej, są kategoriami prawa materialnego. Jeśli jednak odpowiedź na powyższe pytanie byłaby pozytywna, tj. gdyby przedmiotowe orzeczenie uznać za generalnie przekładalne na transakcje mieszane, to czy założenie, iż cel gospodarczy jest marginalny, nie przekreśla owego mieszanego ich charakteru?

Warto przypomnieć, że przez pojęcie umowy mieszanej rozumieć będziemy takie umowy, w ramach których jedna ze stron realizuje cel o podwójnym charakterze: zarówno cel gospodarczy, jak i cel prywatny. Istotne jest przy tym, co faktycznie sugeruje już odpowiedź na ostatnie z postawionych pytań, iż umowy mieszane są tworem li tylko doktrynalnym, przydatnym w sytuacjach granicznych, w których konieczne jest ustalenie, czy jedna z uczestniczących w niej stron działa jako konsument, czy też na przynależną mu szczególną ochronę nie zasługuje. Rozstrzygnięcie tej kwestii pozwala z kolei sklasyfikować daną umowę w ramach dychotomicznego już podziału na umowy zawierane z udziałem konsumenta i te, w których on nie uczestniczy. Z tej właśnie perspektywy odnośnie orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości warte jest głębszej analizy.

1. ORZECZENIE W SPRAWIE JOHANN GRUBER PRZECIWKO BAY WA AG

1.1. ZASADY JURYSDYKCJI W SPRAWACH KONSUMENCKICH W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM

Zasady jurysdykcji w sprawach konsumenckich określone zostały w tytule II konwencji brukselskiej⁸. Zgodnie z jej art. 2 zasadą jest, że „osoby mające miejsce zamieszkania na terytorium umawiającego się państwa mogą być, niezależnie od ich obywatelstwa, pozowane przed sądy tego państwa”. Tylko wyjątkowo, na zasadach określonych w rozdziałach 2–6 tytułu II konwencji, osoby takie pozwane być mogą przed sądy innego umawiającego się państwa. W rozdziałach tych określono bowiem zasady jurysdykcji szczególnej, obligatoryjnej i wyłącznej.

Jurysdykcji w sprawach dotyczących konsumentów poświęcony został rozdział 4. Dotyczy on powództw wynikających z umów zawieranych w celu, który nie może być uznany za związany z działalnością zawodową lub gospodarczą strony. Przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w art. 13⁹ konwencji,

⁸ Zob. przyp. 6.

⁹ „W odniesieniu do powództw wynikających z umowy zawartej przez osobę w celu, który nie może być uważany za działalność zawodową lub gospodarczą tej osoby (konsumenta), jurysdykcję określa się na podstawie

konsument może wytoczyć powództwo kontrahentowi według swego wyboru albo przed sądy umawiającego się państwa, na którego terytorium kontrahent ów ma miejsce zamieszkania, albo tego umawiającego się państwa, na którego terytorium znajduje się jego — konsumenta miejsce zamieszkania. Należy przy tym podkreślić, iż owa jurysdykcja szczególna, podobnie zresztą regulacje konsumenckie w ogóle, skonstruowana została asymetrycznie. Tylko konsumentowi daje ona bowiem możliwość wyboru sądu właściwego dla rozstrzygnięcia sporu powstałego między nim a przedsiębiorcą, z którym zawarł uprzednio umowę. Przedsiębiorca jest uprawnienia tego pozbawiony, czy raczej nie zostało mu ono przyznane. Ideą bowiem przyświecającą tego typu regulacjom jest ochrona słabszej strony stosunku zobowiązaniowego, przy czym bynajmniej nie jej faworyzowanie względem kontrahenta, a przywrócenie zachwianej materialnej równowagi między stronami, obecnie głównie różnicami w potencjale ekonomicznym¹⁰. Założenie to stanowi motyw przewodni przedmiotowego orzeczenia, będzie więc jeszcze niejednokrotnie powracać.

1.2. STAN FAKTYCZNY ORAZ PYTANIA PREJUDYCJALNE

Powodem był rolnik, właściciel zabudowy zagrodowej znajdującej się w górnej części Austrii, w pobliżu granicy niemieckiej. W zabudowie tej zajmuje on wraz z rodziną około dziesięciu pomieszczeń. Na cele prywatne wykorzystywane jest około 60% całkowitej powierzchni użytkowej, w pozostałej części znajduje się chlewnia na około 200 świń, hangar na maszyny i silosy zbożowe. Przechowywana jest także pasza dla zwierząt — około 10 do 15% całkowitej ilości niezbędnej do prowadzenia gospodarstwa.

Pozwaną była Bay Wa AG — spółka prowadząca w Niemczech kilka odrębnych organizacyjnie przedsiębiorstw. Niedaleko granicy austriackiej prowadzi sklep — punkt sprzedaży materiałów budowlanych oraz z materiałami do majsterkowania i uprawy ogrodu.

Johann Gruber postanowił wymienić w swej zabudowie dachówki. O przedsiębiorstwie pozwanej dowiedział się z przesłanej wraz z regionalnym pismem ulotki, w której jednak rzeczony dachówki nie figurowały, niemniej ostatecznie zakupił je jednak właśnie od tej spółki. Okazało się, iż pomimo gwarancji jednolitości wykazywały tak znaczne różnice w kolorze, że kwalifikowały się jedynie do

niniejszego rozdziału (...): 1) jeżeli chodzi o umowę sprzedaży na raty rzeczy ruchomych, 2) jeżeli chodzi o umowę pożyczki spłacanej ratami lub inną umowę kredytową, która przeznaczona jest do finansowania kupna rzeczy określonego rodzaju, lub 3) dla innych umów, jeżeli ich przedmiotem jest świadczenie usługi lub dostawa rzeczy ruchomych, o ile: a) zawarcie umowy w Państwie miejsca zamieszkania konsumenta zostało poprzedzone wyraźną ofertą lub reklamą, i b) konsument podjął w tym Państwie czynności prawne konieczne do zawarcia umowy (...)"

¹⁰ Por. K. Kańska: *Pojęcie konsumenta w kodeksie cywilnym na tle tendencji europejskich*, Kwartalnik Prawa Prywatnego (dalej: KPP) 2004, z. 1, s. 10.

wymiany. Zaznaczyć przy tym należy, iż powód dokonał wielu czynności przed podjęciem decyzji o zakupie dachówek właśnie od pozwanej: zasięgał informacji telefonicznej, osobiście przyjechał, by je przedtem obejrzeć.

Z żądaniem zwrotu zapłaconej ceny dachówek oraz kosztów ich zdjęcia i ponownego pokrycia dachu powód wystąpił do właściwego sądu austriackiego, powołując się przy tym na swój status konsumenta, a więc korzystając z dobrodziejstwa jurysdykcji szczególnej. Trzeci z kolei sąd rozpoznający tę sprawę zdecydował zawiesić postępowanie i skierować do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy dla ustalenia, czy osoba zainteresowana, dokonująca transakcji o charakterze częściowo prywatnym, posiada status konsumenta w rozumieniu art. 13 konwencji brukselskiej, należy za element decydujący uznać przewagę celu prywatnego bądź gospodarczego tej transakcji oraz na podstawie jakich elementów należy zdecydować, czy przeważającym jest cel prywatny czy gospodarczy?
2. Czy dla ustalenia celu transakcji należy brać pod uwagę elementy obiektywnie oczywiste z punktu widzenia drugiej strony umowy z konsumentem?
3. Czy w razie wątpliwości umowa, która mogłaby zostać zakwalifikowana jako zawarta zarówno w celu gospodarczym, jak i prywatnym, powinna być uważana za umowę zawartą przez konsumenta?

Poza zacytowanymi sąd austriacki sformułował jeszcze trzy pytania, które jednak wobec udzielonej na powyższe odpowiedzi stały się bezprzedmiotowe¹¹. Wskazane zaś sprowadzają się do problemu postawionego na wstępie niniejszego opracowania, tj. kwalifikacji tzw. umów mieszanych: czy osoba zawierająca umowę w celu częściowo gospodarczym, częściowo prywatnym może poszukiwać, a właściwie uzyskać ochronę szczególną, tj. jako konsument. Umową mieszaną zwykło się bowiem nazywać, co warto raz jeszcze przypomnieć, właśnie taką umowę, poprzez którą strona realizuje jednocześnie cel prywatny oraz cel związany z jej działalnością gospodarczą lub zawodową; inaczej: której przedmiot nabywca wykorzystywać będzie częściowo w każdym ze wskazanych celów¹². A przecież, na gruncie konwencji, z przywileju jurysdykcyjnego korzysta jedynie

¹¹ „1. Czy zawarcie umowy zostało poprzedzone reklamą w rozumieniu art. 13 [akapit pierwszy] pkt 3 lit. a) konwencji brukselskiej w sytuacji, gdy przyszły kontrahent konsumenta przeprowadził akcję reklamową za pomocą ulotek w umawiającym się państwie, w którym konsument zamieszkuje, jeśli zakupiony następnie produkt nie był sam w sobie przedmiotem reklamy?” „2. Czy można mówić o umowie zawartej przez konsumenta w rozumieniu art. 13 Konwencji brukselskiej w sytuacji, gdy sprzedawca złożył kupującemu, zamieszkałemu w innym państwie, ofertę przez telefon, oferta ta nie została przyjęta, lecz kupujący następnie nabył produkt, będący przedmiotem oferty, na podstawie pisemnego kosztorysu?” „3. Czy konsument podjął w swym własnym państwie czynności prawne konieczne do zawarcia umowy w rozumieniu art. 13 [akapit pierwszy] pkt 3 lit. b) konwencji brukselskiej, jeśli w państwie swego zamieszkania zaakceptował przez telefon kosztorys sporządzony w państwie, gdzie ma siedzibę jego kontrahent?”

¹² Por. K. Weitz: *Jurysdykcja krajowa w sprawach konsumenckich — problem umów mieszanych*, Europejski Przegląd Sądowy 2006, nr 5, s. 47 oraz przyp. 9.

osoba działająca w celu, którego nie można zakwalifikować jako jej działalność zawodową czy gospodarczą, a więc konsument¹³.

1.3. ROZSTRZYGNIĘCIE TRYBUNAŁU

Trybunał wypowiedział się w kwestii postawionego problemu jednoznacznie: wyjątki od zasady ogólnej, a z takim mamy tu do czynienia, winny być wykładane ściśle i obejmować jedynie sytuacje wyraźnie w konwencji wskazane. Nie przypadkowo bowiem za zasadę uznano jurysdykcję miejsca zamieszkania pozwanego¹⁴. Takie, a nie inne skonstruowanie zasad jurysdykcyjnych, co wyraźnie podkreśla Trybunał w swoich orzeczeniach¹⁵, oznacza, iż jurysdykcja szczególna, jako wyjątkowa, znajdzie zastosowanie jedynie w enumeratywnie określonych przypadkach. W istocie, poza takowymi, konwencja brukselska nie jest przychylna uznawaniu jurysdykcji miejsca zamieszkania powoda. Wskazane jej postanowienia mają bowiem gwarantować konsumentowi odpowiednią ochronę, jako że jest on stroną gospodarczo słabszą, prawnie mniej doświadczoną niż przedsiębiorca. Nie powinien więc rezygnować z dochodzenia swych praw przed sądem z tego tylko powodu, że miejscowo właściwy dla danego sporu byłby sąd państwa, na którego terytorium siedzibę ma jego kontrahent. Jednocześnie ze szczególnej ochrony nie powinna korzystać osoba, wobec której ów szczególny reżim nie znajduje uzasadnienia¹⁶.

Rzecznik generalny F.G. Jacobs w opinii do omawianego orzeczenia¹⁷ podniósł, iż obecny kształt postanowień konwencji wymuszony został niejako „przez rosnącą troskę o ochronę konsumentów w stosunkach międzynarodowych”. Wprowadzono więc „rozdział dotyczący jurysdykcji w sprawach umów zawartych przez konsumentów, ustanawiając jednocześnie na przyszłość zasadę, że szczególna ochrona powinna zostać przyznana tylko konsumentom końcowym, działającym w celach prywatnych, a nie osobom zawierającym umowy w ramach swej działalności gospodarczej” [tłumaczenie nieoficjalne]¹⁸. Relacja pomiędzy zasadą a wyjątkiem powinna być więc „interpretowana w świetle jej celu, którym jest ochrona słabszej strony, oraz w zgodzie z innymi instrumentami międzynarodowymi”¹⁹.

¹³ Por. art. 13 konwencji.

¹⁴ Pkt 32–33 uzasadnienia.

¹⁵ W szczególności wyroki: z 21 czerwca 1978 r. w sprawie 150/77 Bertrand, Rec. s. 1431; z 19 stycznia 1993 r. w sprawie C–89/91 Shearson Lehman Hutton, Rec. s. I–139; z 3 lipca 1997 r. w sprawie C–269/95 Benincasa, Rec. s. I–3767; z 27 kwietnia 1999 r. w sprawie C–99/96 Mietz, Rec. s. I–2277; z 11 stycznia 1990 r. w sprawie C–220/88 Dumez France i Tracoba, Rec. s. I–49; z 10 czerwca 2004 r. w sprawie C–168/02 Kronhofer, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze; na nie też powołuje się ETS w omawianym orzeczeniu.

¹⁶ Por. pkt 32–35 uzasadnienia.

¹⁷ Opinię przedstawiono w dniu 16 września 2004 r.; dostępna na stronie internetowej http://curia.europa.eu/pl/content/juris/index_form.htm.

¹⁸ Pkt 21 opinii.

¹⁹ Raport Giuliano–Lagarde, Dz.U. 1980, C 282, s. 1, 23, powołany w pkt 24 opinii.

Podobnie samo pojęcie „konsument” rozumieć należy wąsko, uwzględniając rodzaj i cel zawieranej umowy, nie zaś subiektywną wolę osoby żądającej ochrony²⁰. Stąd w momencie, w którym dana osoba zawiera umowę w celu w jakikolwiek sposób związanym z jej działalnością gospodarczą lub zawodową, należy uznać ją za działającą w warunkach materialnej równości z kontrahentem. Jedynym wyjątkiem może być sytuacja, gdy ów związek z prowadzoną działalnością gospodarczą lub zawodową jest tak nikły, że odgrywa jedynie nieznaczną rolę w kontekście całej transakcji²¹. Jeśli więc w toku procesu sąd dojdzie do przekonania, iż realizowany poprzez daną transakcję cel gospodarczy jest niepomijalnym jej elementem, wówczas winien odmówić szczególnej ochrony związanej z posiadaniem statusu konsumenta przez jedną ze stron takiej umowy²². Nie ma przy tym znaczenia, w jakiej proporcji do siebie pozostają realizowane cele prywatny i gospodarczy. Istotne jest, by ten ostatni był niepomijalny²³.

Sąd, przed którym zawisł spór, winien więc rozstrzygnąć, czy dana umowa została zawarta dla zaspokojenia, w niepomijalnym zakresie, potrzeb wynikających z działalności gospodarczej danej osoby, czy też użytek gospodarczy odgrywał rolę nieznaczną. W tym celu powinien zważyć całość istotnych okoliczności faktycznych wynikających w sposób obiektywny z akt sprawy. Nie należy przy tym brać pod uwagę okoliczności czy faktów, o których kontrahent mógł wiedzieć podczas zawierania umowy, chyba że osoba żądająca ochrony jako konsument zachowała się tak, że swym zachowaniem wywołała w świadomości drugiej strony uzasadnione wrażenie, iż działa w celach gospodarczych. Jako przykład Trybunał wskazał sytuację, w której osoba prywatna zamawia przedmioty mogące służyć wykonywaniu jej zawodu i używa przy tym papieru firmowego, czy żąda dostawy do miejsca pracy. W takiej sytuacji należy potraktować ją jakby sama zrezygnowała ze statusu konsumenta, jej kontrahent miał bowiem prawo działać w dobrej wierze²⁴.

Trybunał poczynił jednak to zastrzeżenie, że gdyby ustalone w procesie okoliczności obiektywne nie wystarczały do rozstrzygnięcia, czy dana transakcja w pomijalny czy też niepomijalny sposób realizuje cele gospodarcze lub zawodowe, należy zakwalifikować ją jako umowę konsumencką. Przeciwnie stanowisko pozabawiałoby bowiem ów szczególnie reżim ochronny praktycznej doniosłości²⁵.

²⁰ Pkt 36 uzasadnienia.

²¹ Pkt 39–41 uzasadnienia.

²² Pkt 47–49 uzasadnienia.

²³ Pkt 42 uzasadnienia.

²⁴ Pkt 48–54 uzasadnienia.

²⁵ Pkt 50 uzasadnienia.

2. PRÓBA OCENY ORZECZENIA ORAZ ROZSTRZYGNIĘCIA PROBLEMU POSTAWIONEGO NA WSTĘPIE OPRACOWANIA: CZY TEŻĘ TRYBUNAŁU DA SIĘ PRZEŁOŻYĆ NA TZW. TRANSAKCJE MIESZANE W OGÓLNOŚCI

W kontekście postawionego problemu istotności nabiera kryterium charakteru danej transakcji: by mówić o konsumencie, co wynika przecież już z samej jego definicji, osoba fizyczna musi działać w celu niezwiązanym ze swoją działalnością gospodarczą lub zawodową. Rodzi się więc pytanie, czym jest ów związek z działalnością gospodarczą lub zawodową? Czy raczej, jaki cel powinna realizować transakcja, której stroną jest konsument (chodzi oczywiście o cel przez niego zamierzony, a nie ten, który osiągnąć chce jego kontrahent — profesjonalista)?

Na pytanie powyższe odpowiedzieć można w dwojaki sposób: poprzez negatywną bądź pozytywną definicję. Jeśli przez negatywną, to będziemy mówić o konsumencie w kontekście tych transakcji, które nie zostały zawarte w celu związanym z działalnością gospodarczą. Jeśli przez pozytywną, to należy precyzyjnie określić te kategorie celów, które można by nazwać nie-gospodarczymi. Można więc mówić o transakcjach zawieranych dla realizacji celów osobistych bądź rodzinnych albo wskazywać na przeznaczenie towaru, na przykład do konsumpcji, zużycia przez nabywcę²⁶. W zależności od przyjętej metody definiowania wywołać można różne skutki. Ich analiza wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Na jego potrzeby warto natomiast poświęcić trochę miejsca samemu pojęciu „celu związanego z działalnością gospodarczą”.

W omawianym orzeczeniu Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, iż rolnik dokonujący zakupu dachówek na pokrycie dachu w zabudowie zagrodowej realizuje w ten sposób cel gospodarczy, przy czym ma on tutaj niepomijalny charakter. Skoro bowiem zabudowa zagrodowa jest miejscem prowadzenia przez niego działalności gospodarczej, nawet jeśli nie w przeważnym zakresie, to nie zasługuje on na ochronę zastrzeżoną dla konsumenta. Trybunał stwierdził bowiem, iż na szczególną ochronę zasługuje tylko taka osoba, która zawiera umowę poza i niezależnie od jakiejkolwiek działalności lub jakiegokolwiek celu gospodarczego, tj. jedynie w celu zaspokojenia własnych prywatnych potrzeb konsumpcyjnych²⁷.

Za przyjęciem takiej tezy jako generalnie słusznej przemawia przede wszystkim, całkiem chyba uprawnione, założenie, że od osoby prowadzącej działalność gospodarczą należy wymagać zaradności i dbałości o własne interesy, w pewnym choćby pod-

²⁶ Por. K. Kańska: *Pojęcie konsumenta...*, op. cit., s. 40; S. Koroluk: *Zmiana definicji konsumenta w Kodeksie cywilnym — propozycja interpretacji*, *Monitor Prawniczy* 2003, nr 10, s. 439–443.

²⁷ Pkt 36 uzasadnienia.

stawowym zakresie²⁸. Stąd, jeśli przedsiębiorca nabywa okna do biura, to nie zasługuje na szczególną ochronę, choć nie posiada fachowej wiedzy w tym przedmiocie. Niemniej i ten problem, czy profesjonalista mógłby w określonych warunkach zasługiwać na ochronę przynależną konsumentowi, znacznie wykracza poza zakres niniejszej pracy. Skupić warto się raczej na tym, czy w ogóle można mówić o konsumencie w kontekście umów mieszanych. Skoro bowiem, zgodnie z omawianym orzeczeniem, dla uznania strony umowy za konsumenta jej cel gospodarczy może być co najwyżej marginalny, to trudno w ogóle mówić o umowie mieszanej, co najwyżej w bardzo wąskim zakresie. Może jednak tak restryktywna interpretacja winna znaleźć zastosowanie wyłącznie na gruncie konwencji brukselskiej, a więc zasad jurysdykcyjnych, bo z konieczności muszą być one niezwykle przejrzyste i czytelne? A może problem ten jest abstrakcyjnie nierozstrzygalny i stanowczo można się do niego odnieść jedynie *in concreto*?

Przedmiotowe rozstrzygnięcie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasługuje w zasadzie na aprobatę, pozwala bowiem odmówić szczególnej ochrony podmiotom, takim jak Johann Gruber. Trudno uznać, że nie działał tu jako profesjonalista. Może gdyby nie zajmował pomieszczeń w przedmiotowej zabudowie dla potrzeb osobistych swoich i rodziny, to transakcja nie zostałaby dokonana w danym czasie, ale jego subiektywne odczucia nie powinny być tutaj czynnikiem decydującym. Nie chodzi przecież o pobudki, a o cel, jaki ma być osiągnięty przez daną czynność. Gruber zachowywał się zresztą jak profesjonalista, wynika to z analizy sprawy: przygotował się do zawarcia umowy, zapoznał się z ofertą rynkową producenta (w otrzymanych ulotkach nie figurowały przecież rzeczony dachówki), telefonicznie pozyskiwał dodatkowe informacje, w końcu udał się osobiście, by obejrzeć towar. Wszystkie te okoliczności przemawiają stanowczo za tezą, że Gruber nie działał jako konsument. Oczywiście nieuprawniony byłby wniosek, iż konsument nie ma prawa do aktów staranności, bo dyskwalifikuje go to jako słabszą stronę umowy, a więc i ochronę czyni bezprzedmiotową. Okoliczności sprawy przemawiają jedynie dodatkowo na korzyść przyjętego rozstrzygnięcia.

Sprawa przestaje być tak klarowna, gdy spróbujemy tezę Trybunału uogólnić, zastosować w stanach faktycznych innych niż ten będący podstawą rozstrzygnięcia. Czy bowiem modelka reklamująca pastę do zębów, przez co zmuszona używać jej do codziennej higieny, realizuje przy jej zakupie cel gospodarczy? Czy jest on w tym wypadku niepomijalny? Jeśli dojdziemy do przekonania, że mamy tu do czynienia z niepomijalnym właśnie celem gospodarczym, wówczas trzeba będzie generalnie odmówić słuszności tezie Trybunału, względnie sformułować w sposób ogólny jakiś od niej wyjątek. Nie sposób bowiem stanąć na stanowisku, iż modelka nie działa jako konsument. Może jednak bardziej słuszna byłaby teza, że o statusie konsumenta powinna decydować w takim przypadku proporcja pomiędzy gospodarczym a niegospodarczym celem danej transakcji?

²⁸ Por. K. Kańska: *Pojęcie konsumenta...*, op. cit., s. 45.

Należy stanowczo stwierdzić, że ostatnie z zaproponowanych rozwiązań, sprowadzające problem do czysto matematycznej operacji, nie zasługuje na aprobatę. Może realizowałoby w większym stopniu zasadę pewności prawa, ale stałoby w sprzeczności z ideą, jaka leży u podstaw całej instytucji konsumenta. Czy bowiem na ocenę stanu faktycznego w omawianym orzeczeniu powinno mieć wpływ to, czy pomieszczenia gospodarcze zajmują w zabudowie J. Grubera 50 czy 70% powierzchni? Gdyby z pomieszczeń gospodarczych znajdował się tam jedynie skład na bańki na mleko, to wówczas proporcja byłaby może istotna, ale rozstrzygnięcie i tak oparte na założeniu, iż ów procent jest pomijalny — powraca więc teza omawianego orzeczenia²⁹.

Ciągle nie rozwiązuje to jednak powyższego kazusu modelki. Może warto więc sięgnąć po tę definicję konsumenta, która mówi o nim jako o końcowym ogniwie łańcucha ekonomicznego: to on zużywa produkt, konsumuje towar, nie traktuje go już jako „towar na rynku”³⁰. Nawet jeśli konsument sprzedaje należący do niego samochód, to przecież z całkiem innych pobudek niż jego producent, importer etc. Poza tym, sprzedając, nie jest już konsumentem. Niemniej właśnie owa możliwość sprzedaży czy zwrotu towaru — to coś, co sprawi, że wróci on do obrotu — czyni i to ujęcie niedoskonałym³¹. Jednak całkowicie wystarczającym, by rozwiązać przedmiotowy kasus. Przecież modelka kupuje pastę głównie po to, by czyścić zęby. Gdyby nie jej działalność zawodowa, może wybrałaby inną markę, ale pastę kupiłaby tak czy inaczej. Stąd element jej działalności zawodowej w ramach takiej transakcji jest nikły. Tak więc i w tym przypadku teza Trybunału może znaleźć zastosowanie. Wydaje się przy tym, że w kasusie powyższym problem zakwalifikowania umowy kupna pasty do zębów rozstrzygnąć można dużo wcześniej. Można bowiem skutecznie, jak się zdaje, bronić tezy, że jej związek z działalnością zawodową modelki jest nie tyle marginalny, co w ogóle nie istnieje.

Zgodnie z definicją, jaką zawiera *Uniwersalny słownik języka polskiego* PWN³², związek to stosunek między rzeczami, zjawiskami itp., połączonymi ze sobą w jakiś sposób; łączność, powiązanie, spójność, zależność. Jeśli w przedmiotowym kasusie związek z działalnością zawodową modelki w ogóle występuje, to nie na etapie decyzji o zawarciu umowy sprzedaży pasty do zębów, a jedynie w zakresie wyboru produktu danego producenta. Zakup dokonuje się tu, z powyższym zastrzeżeniem, całkowicie niezależnie od rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej czy zawodowej — jest po prostu konieczny do zaspokojenia pewnej podstawowej potrzeby życiowej. Decyzja o nim nie jest więc z działalnością tą powiązana. Jeśli jednak dostrzegać związek odnośnej czynności prawnej z działalnością zawodową modelki, cel gospodarczy należałoby uznać za marginalny.

²⁹ Inaczej K. Weitz: *Jurysdykcja krajowa...*, op. cit., s. 54.

³⁰ Por. E. Łętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 45.

³¹ E. Łętowska: *Europejskie...*, op. cit., s. 45–46.

³² Tom 4 pod red. S. Dubisza, Warszawa 2003, s. 1091.

Stanowisko Trybunału zdaje się w pełni przydatne także na gruncie innego kazusu: właściciel sklepu kupuje samochód na prywatny użytek, co do zasady, ale będzie nim także realizował nieduże dostawy. Związek tej czynności prawnej przedsiębiorcy z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą jest niekwestionowany. Przyjęcie za podstawę rozstrzygnięcia, że winna decydować proporcja pomiędzy realizowanymi daną transakcją celami prywatnym i gospodarczym, byłoby zabiegiem chybnym. Prawdą jest, że dostawa z wykorzystaniem tak nabytego samochodu będzie miała miejsce jedynie raz w miesiącu, podczas gdy w pozostałym okresie samochód będzie służył na przykład do odbierania dzieci ze szkoły. Jeśli jednak przedsiębiorca założył, według proporcji czasowego wykorzystania, jego marginalne nawet użycie w działalności gospodarczej, to na pewno ocenił jego pakowność i inne parametry, właśnie pod kątem owej sporadycznej akcji — dostawy towarów. Podstawową cechą działań profesjonalisty (niejako w opozycji do konsumenta) jest okoliczność, że jego działanie jest przemyślane, a przynajmniej powinno być, bo dana czynność stanowi pośrednio bądź bezpośrednio treść jego działalności. Kupienie pasty do zębów czy mydła jest koniecznością, ale nie jest treścią życia. Oczywiście im bardziej wartościowy towar, tym kryterium przygotowania do zawarcia umowy jako wyróżnik profesjonalisty traci na znaczeniu, bo i konsument, kupując dobro trwałe, coś „na lata”, zasadniczo nie podejmuje decyzji pochopnie. Nie sposób zresztą nie zauważyć, że wtedy też rzadziej udaje się go oszukać. Na marginesie warto przy tym zaznaczyć, że i konsument jest dziś mądrzejszy. Stąd w zakresie jego ochrony punkt ciężkości przenosi się z edukowania na działania niwelujące raczej różnice w sile ekonomicznej stron umowy³³.

Oczywiście można podnieść, iż przytoczone wyżej przykłady marginalizują faktycznie praktyczną doniosłość problemu. Przedsiębiorca, ze względów głównie podatkowych, także administracyjnych, będzie zwykle chciał nabyć samochód właśnie jako przedsiębiorca, nie jako konsument. Jaskrawość przykładów jest jednak celowa. Ich komplikowanie i piętrzenie warunków przy opisie stanu faktycznego wydaje się bowiem, na potrzeby niniejszego opracowania, całkowicie zbędne.

Warto zastanowić się jeszcze, czy rozstrzygnięcia problemu kwalifikowania umów mieszanych, czy nawet w ogóle umów zawieranych z udziałem konsumenta, nie można znaleźć, oceniając istotność danej transakcji z punktu widzenia interesu gospodarczego danego podmiotu. Za kryterium owej istotności można by przyjąć, czy stanowi ona (dana transakcja) bezpośrednio bądź pośrednio potencjalne źródło straty bądź zysku³⁴. Taki pogląd kompiluje nieco kazus modelki, jednak jego roz-

³³ Por. Ł. Węgrzynowski: *Niedozwolone postanowienia umowne jako środek ochrony słabszej strony umowy obligacyjnej*, Warszawa 2006, s. 18–19; K. Kańska: *Pojęcie konsumenta...*, *op. cit.*, s. 40–44; S. Koroluk: *Zmiana definicji konsumenta...*, *op. cit.*, s. 439–443.

³⁴ Por. Ł. Węgrzynowski: *Niedozwolone postanowienia...*, *op. cit.*, s. 19–20; S. Koroluk: *Zmiana definicji konsumenta...*, *op. cit.*, s. 439–443.

strzygnięcie tą metodą nie przynosi odmiennych rezultatów. Podobnie i z tej perspektywy słuszne będzie uznanie, iż zakup samochodu częściowo wykorzystywanego w działalności gospodarczej, choć głównie (czasowo) prywatnie, nie mieści się w ramach transakcji konsumenckiej. Nawet jeśli przedsiębiorca nie kupiłby rzeczonoego samochodu, gdyby nie musiał odbierać dzieci ze szkoły, to decydując się na zakup nie działa jako konsument. Chce zrealizować oba cele, tak samo ważne. Nie potrzebuje więc ochrony, bo działa w warunkach równości ze sprzedawcą samochodu.

Właśnie ów element równości stron, co było już podkreślane, jest głównym punktem uzasadnienia omawianego orzeczenia. Przecież cel, jaki zawsze przyświeca regulacjom konsumenckim, to ochrona podmiotu znajdującego się na słabszej względem kontrahenta pozycji — nazywanego właśnie konsumentem. Jak słusznie zauważa się w doktrynie³⁵, nie chodzi tu o ochronę jednej ze stron kosztem drugiej, a właśnie o zapewnienie ich materialnej równości.

Bardzo wyraźnie uwagę na tę kwestię zwrócił w swej opinii rzecznik generalny³⁶. Podkreślił, iż nie można w tej samej transakcji mówić o jednej z jej stron, że w zakresie, w jakim chce zrealizować cel gospodarczy, jest profesjonalistą, a w pozostałym już konsumentem. Jeśli mamy do czynienia z umową, która jednocześnie zaspokoić ma potrzeby zarówno prywatne, jak i gospodarcze lub zawodowe, to można oczywiście próbować określić za pomocą proporcji relacje pomiędzy obiema kategoriami celów, niemniej nie jest możliwe uznanie, by jakikolwiek podmiot był zarówno na słabszej, jak i na równej pozycji ze swym kontrahentem, w odniesieniu do tej samej umowy. Skoro więc, w jakimś zakresie, musimy uznać równość stron, w doświadczeniu ekonomicznym i prawnym oraz posiadanych środkach, to nie powinien tego zachwiać fakt, iż umowa służy jednocześnie celom prywatnym. Teza ta przestaje być słuszna dopiero wówczas, gdy cel gospodarczy jest tak marginalny, że pomijalny w kontekście całej transakcji. Znowu powraca więc sentencja omawianego orzeczenia.

Do takich wniosków skłania też fakt, iż każda umowa podlega ocenie czy kwalifikacji jako całość. Nie dzieli się jej na części. Byłoby nieporozumieniem dopuszczenie do sytuacji, w której dla części umowy właściwym do rozstrzygnięcia sporu byłby jeden sąd, a dla innej części inny. Zdaje się to przekładać także na materialnoprawne instytucje prawa umów. Należy więc stanowczo stwierdzić, co było już sygnalizowane, że kategoria owych umów mieszanych jest faktycznie tworem sztucznym, w obrocie nieistniejącym. Jest to zbiorcze określenie na te wszystkie graniczne sytuacje, w których dla ustalenia, czy jedną ze stron umowy jest konsument, konieczna jest analiza celów jej działania (oczywiście w ramach tejsz transakcji). Jest to więc konstrukcja przydatna wyłącznie na tym etapie rozważań, na

³⁵ Por. K. Kańska: *Pojęcie konsumenta...*, *op. cit.*, s. 10.

³⁶ Pkt 39–41 opinii.

którym chodzi o ustalenie związku danej czynności prawnej z działalnością gospodarczą lub zawodową danego podmiotu bądź też jego brak. Faktycznie istnieją przecież jedynie umowy konsumenckie i takie, które nie mają takowego charakteru³⁷. W momencie, w którym ocenimy już, w jakim stopniu dana umowa mieszana realizuje cel gospodarczy lub zawodowy, a w jakim prywatny, a więc zdecydujemy, czy jej stroną jest konsument czy też nie, będziemy mieć do czynienia już tylko albo z umową konsumencką, albo nieposiadającą takiego charakteru. Trybunał wyraźnie stwierdził, i nie sposób się tu z nim nie zgodzić, iż marginalne znaczenie celu gospodarczego w ramach owych mieszanych umów czyni je zawsze zawartymi z konsumentem. W każdej innej sytuacji umowa po prostu charakteru konsumenckiego nie ma.

Odnosząc się jeszcze do tej tezy Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, która mówi o kwalifikowaniu umów mieszanych w sytuacji, w której nie sposób ustalić, czy ich cel gospodarczy jest niepomijalny³⁸ — można oczywiście zarzucać jej brak konsekwencji. Z jednej strony Trybunał podkreśla i broni zasady, bardzo ściśle interpretując wyjątki, zarówno dopuszczalność jurysdykcji krajowej, jak i pojęcie konsumenta, z drugiej zaś wskazuje, że w razie gdyby obiektywne okoliczności wynikające z akt sprawy nie były wystarczające dla oceny, czy dana transakcja realizuje czy też nie, w niepomijalnym zakresie, cel gospodarczy lub zawodowy, wówczas wątpliwość ta winna działać na korzyść uznania osoby żądającej ochrony za konsumenta³⁹. Takie złagodzenie stanowiska znajduje jednak co najmniej słusznociowe uzasadnienie. Bez niego szczególność jurysdykcji w sprawach konsumenckich byłaby fikcją, co zresztą sam Trybunał wyraźnie podkreślił, przestrzegając jednocześnie przed nazbyt instrumentalnym stosowaniem takowej zasady⁴⁰ — tak by relacja między zasadami słusznosci a zasadą pewności obrotu nie zastała zachwiana.

Rozumowaniu powyższemu zarzucić można zapewne, iż naczelną ideą winna być jednak skuteczność ochrony, a rozszerzanie zakresu uznania sędziowskiego — co nieuchronnie wiąże się z przyjęciem za kryterium kwalifikacji umowy mieszanej jako konsumenckiej niepomijalnego charakteru jej celu gospodarczego — może ją znacząco ograniczać. Jest to jednak podstawowy dylemat, jaki domaga się rozstrzygnięcia na gruncie regulacji z zakresu ochrony konsumenta. Stąd też zapewne brak w tym zakresie, jak do tej pory, spójnych rozwiązań. Zwiastunem pożądanых zmian niech będzie najpierw EC Consumer Law Compendium, Comparative Analysis⁴¹,

³⁷ Por. pkt 35 opinii.

³⁸ Pkt 50 uzasadnienia.

³⁹ Tak K. Weizt: *Jurysdykcja krajowa...*, *op. cit.*, s. 53–54.

⁴⁰ Pkt 51–53 uzasadnienia: „(...) sąd orzekający będzie musiał w tym ostatnim przypadku zweryfikować w szczególności, czy druga strona umowy nie mogła w sposób uzasadniony pozostawać w nieświadomości innego niż gospodarczy celu danej transakcji, a to z tego powodu, iż osoba mogąca zostać uznana za konsumenta poprzez swoje zachowanie stworzyła w rzeczywistości wrażenie, iż chodziło o cele gospodarcze (...)”.

⁴¹ Kompendium dostępne jest w wersji angielskiej, niemieckiej i francuskiej na stronie internetowej http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf.

stworzone po redakcją prof. dr. Hansa Schulze-Nölke, we współpracy z dr. Christia-nem Twigg-Flesner i dr. Martinem Ebers — rezultat prowadzonych przeszło dwa lata badań w zakresie implementacji i jej skutków oraz ewentualnych ujawnionych w tym procesie braków ośmiu wspólnotowych dyrektyw konsumenckich⁴² oraz bazująca na nim Zielona Księga w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta⁴³. Bez wątpienia Unia Europejska i same państwa członkowskie muszą zmierzyć się w końcu z pytaniem o pożądany kształt regulacji konsumenckiej, w tym też w zakresie kwalifikacji umów mieszanych, czy raczej ich oceny z perspektywy dychotomicznego przecież podziału na umowy zawierane z udziałem konsumenta i te, w których żadna ze stron nie działa w takim charakterze, a więc faktycznie i samej jego definicji.

⁴² Dyrektywa nr 85/577 o umowach zawieranych poza lokalem handlowym, 90/314 o podróżach pakietowych, 93/13 o klauzulach abuzywnych, 94/47 o umowie timesharingu, 97/7 o umowach zawieranych na odległość, 98/6 o cenach, 99/44 o sprzedaży konsumenckiej.

⁴³ Komisja Europejska przedstawiła ją w Brukseli w dniu 8 lutego 2007 r., COM (2006) 744 final; dostępna również na stronie internetowej <http://eur-lex.europa.eu>.

KINGA KRONENBERGER*

WYŁĄCZENIE WSPÓLNIKA ZE SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W ORZECZNICTWIE SĄDÓW GOSPODARCZYCH

WPROWADZENIE

Konstrukcja wyłączenia wspólnika ze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest jednym z szeregu specyficznych dla tej spółki elementów decydujących o jej kapitałowo-osobowym charakterze. W związku z tym, iż spółka z o.o. jest w obrocie gospodarczym najczęściej¹ wykorzystywaną spółką handlową, zagadnienie to nabiera szczególnego znaczenia. Konstrukcja wyłączenia wspólnika jest szeroko omawiana w literaturze. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że regulacja tej instytucji zawarta w kodeksie spółek handlowych nie przesądza jednoznacznie wielu istotnych kwestii, które mogą powstać w momencie stosowania konkretnych przepisów w zindywidualizowanym stanie faktycznym, instytucji tej warto przyjrzeć się z punktu widzenia jej praktycznego wykorzystania. W związku z tym, iż orzeczenia sądów rejonowych i okręgowych nie są publikowane, a orzecznictwo Sądu Najwyższego nie jest w tym zakresie szczególnie obszerne, przeprowadzono badania empiryczne, które miały pomóc odpowiedzieć na pytania nasuwające się podczas stosowania wyłączenia wspólnika ze spółki. Metodą badawczą była analiza akt spraw sądowych, które toczyły/toczą się przed dwudziestoma jeden sądami gospodarczymi. Celem badań była weryfikacja, jak proponowane przez doktrynę rozwiązania, w pewnych nieuregulowanych przepisami kwestiach, mają się do interpretacji stosowanej w orzecznictwie. Wskazane zostało również, jak interpretowana jest klau-

* Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantka notarialna.

¹ Na podstawie danych GUS — Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w 2006 r. — http://www.stat.gov.pl/gus/45_822_PLK_HTML.htm — 7 maja 2007 r.

zula generalna wykorzystana w regulacji wyłączenia wspólnika. Chodzi tu o użyty zwrot „ważne przyczyny”, których zdefiniowanie pozostawione zostało orzekającemu w danej sprawie sądowi. W doktrynie proponowanych jest wiele przyczyn, które mogłyby być na tyle istotne, by stanowić podstawę wyłączenia wspólnika. Jednak wypowiedzi te znajdują się na pewnym poziomie ogólności, przez co nie są one często w konkretnym stanie faktycznym w wystarczającym stopniu adekwatne. Warunek ten spełniają jedynie orzeczenia sądów, zapadłe po przeprowadzeniu wnikliwej analizy zindywidualizowanego przypadku.

Ponadto, równie ciekawe jest zasadnicze pytanie o częstotliwość tego typu spraw w polskich sądach. Oprócz tego, badania miały na celu przedstawienie, jak najczęściej kończą się takie sprawy, a w szczególności w ilu przypadkach orzeczono wyłączenie wspólnika. W doktrynie przyjmuje się, iż konstrukcja wyłączenia wspólnika ze spółki z o.o. ma na celu sanację stosunków pomiędzy skonfliktowanymi wspólnikami, dlatego też na podstawie analizy akt spółek Krajowego Rejestru Sądowego (zwłaszcza ich rocznych sprawozdań finansowych), w ramach których miała miejsce sprawa o wyłączenie wspólnika, przedmiotem badań były „dalsze losy” spółki po zakończonej, niekoniecznie prawomocnym wyrokiem, sprawie o wyłączenie wspólnika. Z przyczyn obiektywnych dostęp do akt rejestrowych możliwy był w połowie takich przypadków.

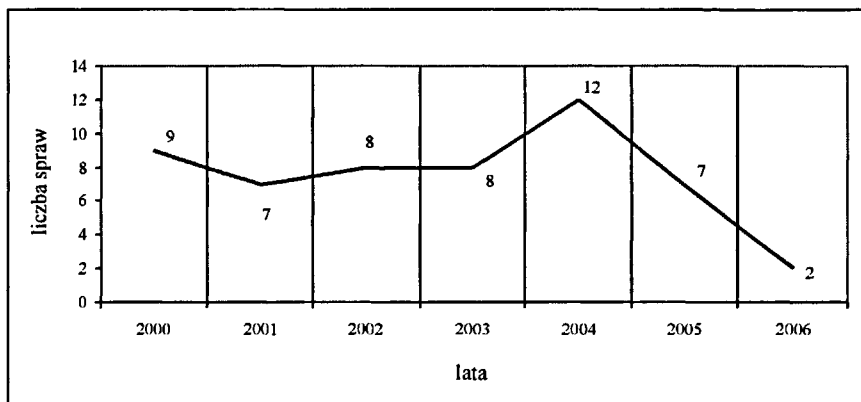
LICZBA SPRAW O WYŁĄCZENIE WSPÓLNIKA

Jak już zostało powiedziane, badaniami objętych zostało dwadzieścia jeden sądów gospodarczych na obszarze Polski południowej. Wybranymi miastami są: Bielsko-Biała, Gliwice, Katowice, Kielce, Kraków, Lublin, Nowy Sącz, Opole, Rzeszów, Tarnów i Wrocław. Jest to więc siedem miast będących stolicami województw — dolnośląskiego, lubelskiego, małopolskiego, opolskiego, podkarpackiego, śląskiego i świętokrzyskiego. Natomiast w przypadku Małopolski i Śląska, wzięto pod uwagę dodatkowo po dwa ośrodki podległe apelacyjnie. Z wyjątkiem Nowego Sącza w pozostałych miastach utworzone są zarówno okręgowe, jak i rejonowe sądy gospodarcze. W przypadku Sądu Rejonowego w Katowicach i Sądu Rejonowego w Kielcach badania, w związku z nieuzyskaniem zgody na wgląd do akt sądowych, oparte zostały wyłącznie na danych statystycznych, które można było uzyskać na podstawie repertoriów prowadzonych przez wydziały gospodarcze w tych sądach. Badania dotyczyły spraw, które toczyły się w przedziale czasu od 2000 do 2006 r. Siedmioletni okres wydaje się bowiem odpowiedni, aby przeprowadzone badania były w wystarczającym stopniu obiektywne.

Materiał badawczy obejmuje pięćdziesiąt pięć spraw sądowych.

Ze względu na objętość materiału badawczego, dla precyzyjnego przedstawienia wyników poszczególnych analiz przyjęto metodę zaokrąglania określonych wartości do jednego miejsca po przecinku.

W pierwszej kolejności warto przyjrzeć się liczbie spraw o wyłączenie wspólnika w poszczególnych latach objętych zakresem badań. Odpowiednia relacja przedstawiona została na poniższym wykresie. Za datę będącą wyznacznikiem relacji „sprawa — rok” przyjęto datę wniesienia pozwu.



Na wykresie nie wzięto pod uwagę dwóch spraw², które zostały wszczęte w latach wcześniejszych (w 1992 i 1996 r.), a które podjęto w okresie objętym badaniami.

Widać, że liczba spraw utrzymuje się na porównywalnie stałym poziomie. Ewentualne zmiany są w rzeczywistości jednostkowe, co może jednak wprowadzać pewnego rodzaju niejasność, biorąc pod uwagę i tak znikomą liczbę tego typu spraw, jakie toczyły się przed wybranymi sądami gospodarczymi. Niemniej spadek liczby spraw o wyłączenie wspólnika, jaki został zanotowany w 2006 r., jest zauważalny. Minimalna różnica przedstawionej na wykresie wartości w 2001 r. w odniesieniu do roku 2000, a także liczba spraw w kolejnych latach to dowód, iż wejście w życie kodeksu spółek handlowych nie miało w tym zakresie większego znaczenia. Wniosek ten oczywiście nie jest zaskakujący, zważywszy na minimalne zmiany, jakie poczyniono w konstrukcji czy wręcz tylko w redakcji przepisów dotyczących wyłączenia wspólnika, w porównaniu z kodeksem handlowym.

Nie można jednak zapominać, iż na przestrzeni badanych siedmiu lat liczba spółek z o.o. w Polsce z każdym rokiem się zwiększała³. Dla bardziej precyzyjnego przedstawienia częstotliwości wytaczania powództw o wyłączenie wspólnika nale-

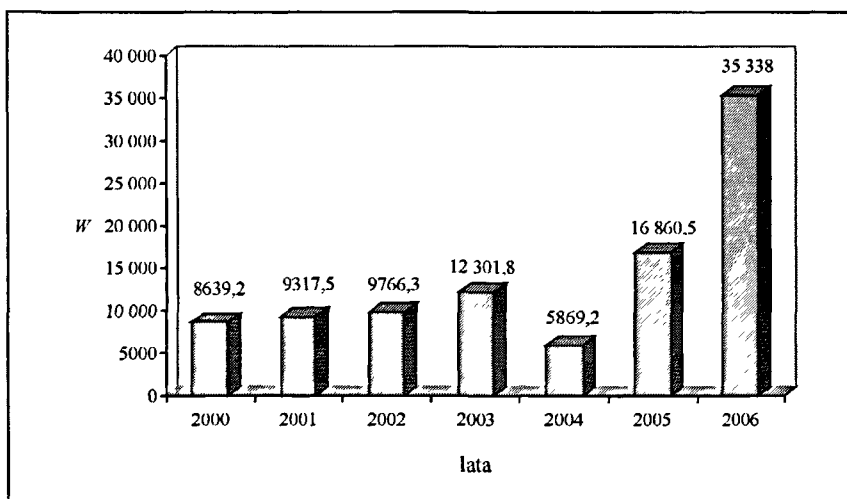
² Sąd Okręgowy w Opolu, VI GC 586/00 i VI GC 258/04.

³ 2000 r. — 150 284 spółki z o.o.; 2006 r. — 205 558 spółek z o.o. Źródło — GUS, wykres 4. *Spółki z o.o. w latach 1996–2006* (w:) *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w 2006 r.*, http://www.stat.gov.pl/gus/45_822_PLK_HTML.htm, 12 maja 2007 r.

ży zrelatywizować liczbę spraw, które toczyły się w sądach mieszczących się w stolicach województw objętych obszarem badań, do liczby spółek z o.o. w województwach: dolnośląskim, lubelskim, małopolskim, opolskim, podkarpackim, śląskim i świętokrzyskim na przestrzeni lat. W tym celu wprowadzony został wskaźnik W obrazujący liczbę spółek z o.o. w wymienionych wyżej województwach, jaka statystycznie przypada na jedną toczącą się przed sądami w: Katowicach, Kielcach, Krakowie, Lublinie, Opolu, Rzeszowie i Wrocławiu sprawę o wyłączenie wspólnika. Odpowiedni wzór to:

$$W = \text{liczba spółek} / \text{liczba spraw}$$

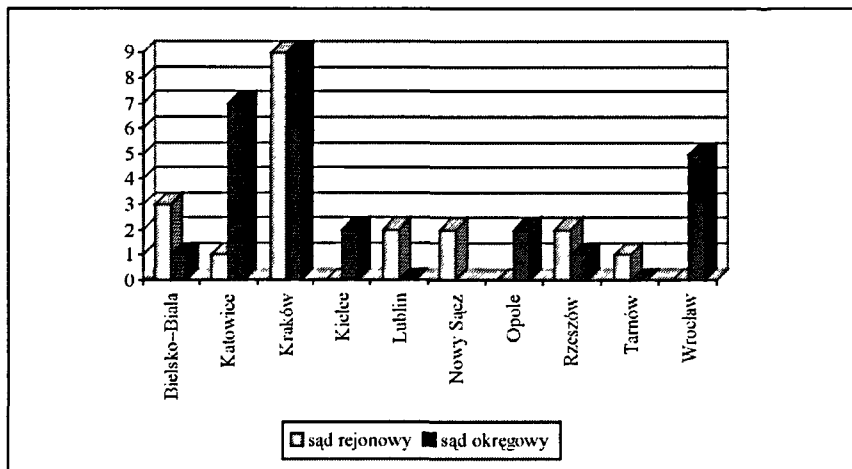
Liczbę spółek na obszarze objętym badaniami ustalono na podstawie danych GUS przedstawiających liczbę spółek z o.o. w poszczególnych województwach⁴. Poniższy wykres obrazuje różnice wskaźnika W w poszczególnych latach. Wyraźnie zauważalny jest dysonans pomiędzy liczbą spraw o wyłączenie wspólnika w 2004 i 2006 r. Jest to różnica niemalże trzydziestu tysięcy spółek, przypadających na jedną sprawę o wyłączenie wspólnika.



Z kolei jeśli chodzi o liczbę spraw o wyłączenie wspólnika w poszczególnych miastach, odpowiednią relację przedstawia poniższy wykres, w którym uwzględ-

⁴ Tablica 5. Spółki handlowe według form prawnych i województw (w:) Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w 2001 r., tablica 12. Spółki handlowe według form prawnych, województw i podregionów (w:) Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w II półroczu 2003 r., tablica 12. Spółki handlowe według form prawnych, województw i podregionów (w:) Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w II półroczu 2004 r., http://www.stat.gov.pl/gus/45_1304_PLK_HTML.htm, 12 maja 2007 r., tablica 12. Spółki handlowe według form prawnych, województw i podregionów (w:) Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w 2006 r., http://www.stat.gov.pl/gus/45_822_PLK_HTML.htm.

niono również podział na wydziały gospodarcze przy sądach rejonowych i okręgowych.



Widać kolosalną różnicę w liczbie toczących się spraw o wyłączenie wspólnika pomiędzy Krakowem a pozostałymi miastami. Katowice, Kraków i Wrocław, czyli miasta, w których liczba omawianych spraw była największa, znajdują się na obszarze województw, w których, na podstawie danych GUS, swoje siedziby ma największa liczba spółek z o.o. Dlatego też ta swoista dominacja na tym polu nie powinna dziwić. Warto zwrócić uwagę, iż nie ma reguły w liczbie spraw w sądach rejonowych a okręgowych w poszczególnych miastach.

Po przeprowadzeniu analizy akt pod kątem miesiąca wniesienia powództwa o wyłączenie wspólnika, dała się zauważyć interesująca zależność. Porównywalna liczba spraw była wszczęta w pierwszym półroczu (25 spraw), jak i w drugim półroczu (30 spraw). Jednak dominujący pod tym względem był listopad i grudzień. Dla porównania — w listopadzie wniesiono siedem (12,7%), w grudniu dziewięć (16,3%) powództw, gdy w kwietniu tylko w jednym (1,8%) przypadku. Trudno jednak określić, czy na ten wynik wpłynęły jakieś obiektywne czynniki.

W tym miejscu warto zaznaczyć, iż zebrany materiał zbadano również pod kątem tego, jak kształtował się procentowy udział w kapitale zakładowym wspólników, których wyłączenia żądano. Najczęściej wspólnik, którego zamierzano pozbyć się ze struktury spółki, nie posiadał więcej niż 10% udziału w kapitale zakładowym (32,8% przypadków), w porównywalnej liczbie przypadków wspólnik posiadał ponad 10% i nie więcej niż 20%⁵ oraz ponad 30% i nie więcej niż 40%⁶ udziału w kapitale zakładowym. Podobnie przedstawia się liczba spraw, w których mający

⁵ 23,4% przypadków.

⁶ 26,6% przypadków.

zostać wyłączony wspólnik posiadał ponad 20% i nie więcej niż 30%⁷ oraz którego udział w kapitale zakładowym mieścił się w przedziale „więcej niż 40%” do 50% minus jeden udział⁸. Nie istnieje więc w tym zakresie jakaś ogólna zasada obrazująca zależność pomiędzy sprawą o wyłączenie wspólnika a posiadaną przez niego liczbą udziałów.

WYŁĄCZENIE WSPÓLNIKÓW

Jednym z rodzajów rozbieżności, jakie występują w doktrynie związanych z instytucją wyłączenia wspólnika, jest kwestia legitymacji bierniej w omawianej sprawie. Według części doktryny możliwe jest objęcie jednym powództwem większej liczby wspólników, jeżeli spełnione zostaną dwie przesłanki, a mianowicie: istnieje w umowie spółki odpowiedni zapis zezwalający na wytoczenie powództwa nie przez „wszystkich pozostałych wspólników” oraz jeżeli pozwala na to rozkład udziałów⁹ (wspólnicy żądający wyłączenia reprezentują większość kapitału zakładowego w stosunku do wspólników mających być wyłączonymi). Wydaje się jednak, że również bez stosownego zapisu w umowie dopuszczalne byłoby wniesienie jednego pozwu, natomiast art. 266 § 2 k.s.h. dotyczy odmiennej sytuacji, gdy niektórzy spośród wspólników, których przyczyny wyłączenia nie dotyczą, nie chcą wystąpić z żądaniem wyłączenia. Istnieje jednak stanowisko odmienne, zgodnie z którym powództwo o wyłączenie musi ograniczać się tylko do jednego wspólnika¹⁰. Pogląd ten argumentowany jest wykładnią językową przepisu art. 266 § 1 k.s.h., mówiącego o wyłączeniu „danego wspólnika”. Na gruncie poprzedniego unormowania zawartego w art. 280 k.h., operującego liczbą mnogą — „poszczególni wspólnicy”, w doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmowano dopuszczalność orzeczenia wyłączenia więcej niż jednego wspólnika równocześnie¹¹. Konsekwencją przyjęcia drugiego stanowiska byłaby konieczność stosowania odrębnego powództwa dla poszczególnych, mających być wyłączonymi, wspólników. Niemniej brak innych niż redakcyjne podstaw dla przyjęcia takiego rozwiązania. W doktrynie zgodnie przyjmuje się, że art. 266 k.s.h. jest odpowiednikiem art. 280 k.h. Komentatorzy w opracowaniach nie zwracają uwagi na skutki zmiany brzmienia obowiązującego

⁷ 9,4% przypadków.

⁸ 7,8% przypadków.

⁹ R. Pabis: *Spółka z o.o.: komentarz*, 2 wyd., Warszawa 2004, s. 445.

¹⁰ K. Gołat, R. Gołat: *Zasady funkcjonowania i opodatkowania spółek cywilnych i spółek z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2002, s. 134; I. Weiss (w:) W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss: *Prawo spółek*, 2 wyd., Bydgoszcz–Kraków 2005, s. 376.

¹¹ M. Allerhand: *Kodeks handlowy: komentarz. 2, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, wyd. 2 popr., Bielsko-Biała 1992, s. 142; J. Jacyszyn: *Wyłączenie wspólnika*, *Prawo Spółek* 1997, nr 1, s. 21; A. Wiśniewski: *Prawo o spółkach, podręcznik praktyczny*, Warszawa 1992, s. 169; wyrok SA w Warszawie z dnia 8 maja 2003 r. (I ACa 1874/2001, OSA 2004, z. 9, poz. 26, s. 37); wyrok SN z dnia 16 stycznia 2002 r. (IV CKN 610/2000, OSNC 2002, nr 11, poz. 138).

przepisu. Dodając, ustawodawca niejednokrotnie posługuje się liczbą mnogą lub pojedynczą i nie wiąże z tym istotnych skutków prawnych. Ścisłe przywiązanie do wykładni literalnej prowadziłoby w wypadku omawianego przepisu do wniosku, że nie jest dopuszczalne żądanie wyłączenia wspólnika mniejszościowego ze spółki dwuosobowej, skoro ustawodawca użył liczby mnogiej, stanowiąc, że z żądaniem muszą wystąpić wszyscy pozostali wspólnicy, a tym samym wykluczona zostałaby legitymacja czynna jednego wspólnika¹². Ponadto za rozwiązaniem takim przemawia również wykładnia celowościowa. Instytucja wyłączenia ma chronić bowiem, jak była już o tym mowa, wspólników dysponujących większością udziałów w spółce, co podkreśla kapitałowy charakter spółki z o.o., nie należy więc wprowadzać elementu osobowego. Co więcej, konieczność stosowania odrębnych powództw naruszałaby zasady ekonomiki procesowej, mnożąc sprawy, które bez przeszkód mogłyby zostać rozpoznane w ramach jednego postępowania. Ponadto, trudno byłoby wyobrazić sobie sytuację, w której jeden z dwóch wspólników, którego wyłączenia żądają wspólnicy większościowi, podpisuje pozew przeciwko drugiemu, jeżeli wiedziałby o planowanym analogicznym powództwie przeciwko jemu samemu, co prowadziłoby do sytuacji patowej (jeżeli nie wykorzystano w umowie spółki możliwości, jaką daje art. 266 § 2 k.s.h.).

Spór ten nie ma, jak się okazuje po przeprowadzeniu badań zgromadzonego materiału, w praktyce większego znaczenia. W czterech przypadkach (7,4%) żądano wyłączenia kilku wspólników. W dwóch sprawach sąd nie ustosunkował się, jako że w jednej¹³ z nich pozew został wycofany i pozostali wspólnicy zrzekli się roszczenia, natomiast w drugiej¹⁴ w wyniku sprzedaży przez wspólników swoich udziałów żądanie pozwu zostało ograniczone tylko do jednego z nich. Na gruncie trzeciej sprawy¹⁵ sąd skupił się jedynie na ocenie przesłanek materialnych wyłączenia. Z kolei w czwartym przypadku¹⁶, po orzeczeniu przez sąd pierwszej instancji oddalenia powództwa, a to właśnie z powodu braku legitymacji czynnej, w wyniku apelacji wyrok ten uchylono i przekazano do ponownego rozpoznania.

Kolejna kwestia dotyczy możliwości złagodzenia wymogu wystąpienia z powództwem o wyłączenie wszystkich pozostałych wspólników. Artykuł 266 § 2 k.s.h. dopuszcza możliwość wystąpienia z żądaniem wyłączenia przez mniejszą liczbę wspólników (ciągle jednak reprezentujących większość kapitału zakładowego spółki). W razie stwierdzenia przez sąd, że w stosunku do jednego z pozwanych wspólników nie zachodzą ważne przyczyny uzasadniające jego wyłączenie, może zapaść wyrok wyłączający pozostałych wspólników. Należy bowiem przyjąć, że powództwo

¹² O możliwości takiej na gruncie kodeksu handlowego: I. Weiss: *Prawa wspólników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej*, Prawo Spółek 1997, nr 10, s. 3.

¹³ Sąd Okręgowy w Opolu, VI GC 26/04.

¹⁴ Sąd Okręgowy we Wrocławiu, X GC 425/00.

¹⁵ Sąd Okręgowy w Gliwicach, X GC 589/04.

¹⁶ Sąd Okręgowy w Krakowie, IX GC 9/06.

o wyłączenie zawiera w sobie również żądanie wyrażenia zgody na wyłączenie współników, których wyłączenia domaga się większość kapitałowa¹⁷.

Jak wynika z zebranego materiału badawczego, możliwość przewidziana w art. 266 § 2 k.s.h. jest bardzo rzadko stosowana w praktyce. Zaledwie w dwóch sprawach (3,7%) umowa spółki, której wspólnicy domagali się wyłączenia współników, zawierała stosowne uregulowanie. W pierwszym przypadku¹⁸ zapis ten pozwolił na udział po stronie pozwanej współników, których wyłączenia wspólnicy większościowi nie żądali, a którzy nie byli powodami w sprawie (jeden na skutek cofnięcia pozwu). W uzasadnieniu wyroku sąd zwrócił uwagę, iż współuczestnictwo konieczne pozwanych wywołuje po stronie sądu obowiązek wezwania do udziału w sprawie osób dotychczas niezapozwanych. Zapozwanie z kolei wywołuje skutek doręczenia odpisu pozwu i nie jest zależne od woli osoby zapozwanej. Dlatego też w omawianej sprawie zarzut pozwanych dotyczący braku pełnej legitymacji procesowej biernej sąd uznał za nieuzasadniony. Z kolei w drugim przypadku¹⁹, wspólnik, który początkowo był pozwany, lecz nie domagano się jego wyłączenia, twierdził jednak, iż nie zachodzą ważne powody uzasadniające zasadność żądania wyłączenia innego współnika; wskutek ujawnienia w toku procesu nowych i wcześniej nieznanymi okoliczności — wstąpił do procesu w charakterze powoda.

„WAŻNE PRZYCZYNY”

Zgodnie z art. 266 § 1 k.s.h. podstawą wyłączenia współnika są kwalifikowane w sposób generalny okoliczności — tzw. ważne przyczyny. Pojęcie to jest zwrótem niedookreślonym, który pozwala uniknąć tworzenia kazuistycznego i obszernego katalogu przyczyn mogących zostać uznane za ważne. Co więcej, należy przyjąć, że ocena danej przyczyny jako istotnej zależy od wielu czynników danego stanu faktycznego, stąd stworzenie *a priori* takiego katalogu byłoby wręcz niemożliwe. „Ważne przyczyny” należą do grupy terminów niedefiniowalnych, mają one charakter otwarty, elastyczny, a często sytuacyjny.

Analizę tej klauzuli należy zacząć od podstawowych znamion „ważnych przyczyn”. Przyczyna wyłączenia współnika polegać może zatem zarówno na działaniu, jak i zaniechaniu danego współnika. Mogą to być powody tak obiektywne, jak i subiektywne²⁰. Ponadto zwrot nieostry — „ważne przyczyny” pozwala na stwierdzenie, że mogą one mieć miejsce również niezależnie od woli współnika. W doktrynie powszechnie przyjmuje się, iż mogą to być zarówno przyczyny przez współnika zawinione, jak i niezawinione. Element zawinienia nie ma wpływu na dopusz-

¹⁷ Z. Roszewski: *Postępowanie w sprawie o wyłączenie współnika*, Prawo Spółek 2000, nr 6, s. 21.

¹⁸ Sąd Okręgowy w Krakowie, IX GC 1480/02.

¹⁹ Sąd Okręgowy we Wrocławiu, X GC 605/01.

²⁰ K. Kruczałak (w:) K. Kruczałak (red.): *Kodeks spółek handlowych: komentarz*, Warszawa 2001, s. 424.

czalność wniesienia powództwa o wyłączenie wspólnika, lecz na ocenę, czy dany stan faktyczny nosi znamiona ważnej przyczyny w rozumieniu art. 266 § 1 k.s.h., oraz na określenie stopnia ciężaru jakościowego zachowania wspólnika. Warto również zwrócić uwagę, że przyczyna uzasadniająca wyłączenie wspólnika nie zawsze musi łączyć się ze szkodą po stronie spółki, jednak ewentualne jej wystąpienie będzie argumentem przemawiającym za uznaniem przyczyny za ważną. Jeżeli natomiast dane postępowanie będzie powiązane ze szkodą, wspólnik w oderwaniu od wyłączenia może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych²¹.

W 14,8% przypadków przyczyna wyłączenia oparta była na zaniechaniu wspólnika, najczęściej związanym z niestawiennictwem na zgromadzeniach wspólników, co powodowało paraliż decyzyjny w spółce.

Zachowanie wspólnika, powodujące powstanie ważnej przyczyny wyłączenia, było w 9,2% przypadków niezawinione. W większości powiązane było z zaniechaniem wspólnika spowodowanym całkowitą utratą kontaktu ze wspólnikiem, którego miejsce pobytu było nieznane, co powodowało istotne zakłócenia w funkcjonowaniu spółki. W każdym z tych przypadków, co nie powinno dziwić, sąd wydawał wyrok wyłączający danego wspólnika.

W jednej ze spraw²² wspólnicy powoływali się na niezawinione z powodu choroby czterokrotne niestawiennictwo pozwanej na zgromadzeniach wspólników, pomimo prawidłowego jej zawiadomienia. Sąd oddalił powództwo, uznając, że w tym przypadku niestawiennictwo na zgromadzeniach wspólników nie może być przyczyną wyłączenia, gdyż nieobecność była usprawiedliwiona pozostawaniem pozwanej na zwolnieniu lekarskim po przebytej operacji. Ponadto sąd nie wziął pod uwagę zarzutu powodów, iż pozwana nie wyraziła zgody na głosowanie pisemne ani na głosowanie za pośrednictwem ustanowionego pełnomocnika, gdyż nie miała ona takiego obowiązku. Kodeks spółek handlowych nie wprowadza bowiem obowiązku ustanowienia pełnomocnika czy zgody na głosowanie pisemne w przypadku, gdy wspólnik nie może uczestniczyć w zgromadzeniu wspólników. Dziwi jednak argument sądu, zgodnie z którym wspólnicy poprzez ustanowienie w umowie wyższego kworum dla podjęcia uchwał na co najmniej 75% kapitału zakładowego ponoszą współodpowiedzialność za aktualną niemożność podjęcia uchwał. Według sądu, skoro wspólnicy postanowili w ten sposób chronić prawa wspólników mniejszościowych, to winni honorować te zapisy, nawet gdy mogłoby to szkodzić im samym czy w jakimś ograniczonym stopniu spółce. Można mieć wątpliwości co do słuszności tego argumentu, o ile bowiem postanowienie umowy niewątpliwie miało chronić wspólników mniejszościowych, to jednak ich nieobecność na zgromadzeniach wspólników odnosi się do zupełnie innej kwestii i w takim przypadku należy zastanowić się, czy ta ochrona jest w ogóle uzasadniona.

²¹ Z. Roszewski: *Zmiany podmiotowe w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2000, s. 135.

²² Sąd Rejonowy w Tarnowie, V GC 323/05.

W jednej ze spraw²³ sąd stwierdził, iż brak współpracy ze spółką nie przesądza zasadności żądania wyłączenia wspólnika, ponieważ niemożność harmonijnego współdziałania wynikała z przyczyn obiektywnie uzasadnionych. Co warte podkreślenia, pozwany utrzymywał, że nie jest wspólnikiem. Według sądu działał on w usprawiedliwionym przekonaniu, iż z chwilą zbycia wszystkich swoich udziałów utracił wszelkie prawa majątkowe i korporacyjne w spółce. Dopiero wyrok sądu rejestrowego uregulował wzajemne relacje między wspólnikami.

Na podstawie zebranego materiału można wyróżnić następujące grupy przyczyn, na które w pozwach powoływali się wspólnicy: prowadzenie działalności konkurencyjnej, spowodowanie bezpośredniej szkody majątkowej dla spółki, niewypełnienie powinności wobec spółki, brak współdziałania z pozostałymi wspólnikami, nadużywanie swoich uprawnień. Z czego najczęstszą przyczyną wyłączenia, którą wskazywali wspólnicy, było naruszenie zasad lojalności, przejawiające się w prowadzeniu przez wspólnika działalności konkurencyjnej szkodzącej interesom spółki oraz w braku współdziałania wspólnika w podejmowaniu niezbędnych dla spółki uchwał. Co więcej, przesłanki te niejednokrotnie występowały równocześnie, były wynikiem rozpoczęcia przez wspólnika współpracy z konkurencyjną spółką i wiązały się z zupełnym brakiem zainteresowania losami spółki, z której wspólnik miał być wyłączony.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na jedną ze spraw²⁴, w której już podczas wstępowania nowego wspólnika do spółki pozostali doskonale zdawali sobie sprawę z jego „konkurencyjnego charakteru”, co właśnie ze względu na posiadanie wieloletniego doświadczenia w niszowej branży miało pomóc w rozwoju spółki. Wspólnik ten przy podejmowaniu decyzji o kupnie udziałów spółki, z której kolejno miał być wyłączony, kierował się trzema przesłankami: zapobieżenie konkurencji na rynku określonych usług ze strony kapitału obcego, opanowanie rynku za pośrednictwem spółek zależnych oraz ulokowanie kapitału i osiągnięcie z niego dywidendy. Jednak rozwój spółki zmierzał w innym kierunku, niż zakładał to inwestor, który w związku z brakiem porozumienia z zarządem, z przewidywanych celów wstąpienia do spółki, mógł osiągnąć jedynie ten związany z czerpaniem pożytków z ulokowanego kapitału w postaci dywidendy. Rozbieżne interesy wspólników ujawniły się zwłaszcza przy podejmowaniu decyzji o podziale zysku. Pozostali wspólnicy chcieli przeznaczyć go na dalsze inwestycje, z kolei głosami wspólnika, którego wyłączenia domagali się pozostali, przeznaczony on został na dywidendę. Zdaniem sądu, pomimo niekwestionowanego prawa wspólnika do dywidendy, należy brać pod uwagę również nadrzędny obowiązek wspólników, jakim jest ich współdziałanie dla osiągnięcia celu, dla którego spółka została założona i funkcjonuje w obrocie gospodarczym. Ponadto konkurowanie wspólnika ze spółką i po-

²³ Sąd Okręgowy w Krakowie, IX GC 119/06.

²⁴ Sąd Okręgowy w Kielcach, VII GC 112/06.

strzeganie jej jedynie przez pryzmat własnych partykularnych interesów prowadzi do braku współdziałania wspólników i towarzyszącej temu utracie zaufania pomiędzy nimi, co stało się w ocenie sądu wystarczająco ważną przyczyną.

Obowiązek lojalności wspólnika, a raczej jego niewypełnianie było również zasadniczą podstawą wyroku wyłączającego w jednej ze spraw²⁵. Przy czym wyrazem tego było działanie wspólnika na szkodę spółki poprzez kształtowanie jej niekorzystnego wizerunku i niewykonywanie podjętych przez zgromadzenie wspólników uchwał. Pozwana publicznie szkalowała członków zarządu, zarzucając im korupcję, kradzieże itp. Warto zwrócić uwagę, iż takie postępowanie mogłoby zostać ponadto zakwalifikowane jako jaskrawy przykład skonfliktowania wspólników, gdzie realne szanse na normalizację ich wzajemnych stosunków były znikome, a co za tym idzie — pozostawanie wspólnika w spółce stało się bezcelowe.

Warto zwrócić uwagę na wskazywaną również w literaturze przyczynę wyłączenia, jaką jest nadużywanie uprawnień przez wspólnika między innymi poprzez zaskarżanie uchwał zgromadzenia wspólników. Problemowi temu należy przyrzeć się przez pryzmat jednej ze spraw²⁶, w której właśnie powództwa o uchylenie uchwał wniesione przez wspólnika, którego wyłączenia domagali się pozostali, stały się argumentem przeciwko niemu. Pozwy dotyczące uchwał wnoszone przez wspólnika, przeciwko któremu toczy się postępowanie o wyłączenie, często w rzeczywistości są swoistą próbą obrony przez atak. Jednak sąd musi zbadać, czy rzeczywiście zasadniczym celem wspólnika wnoszącego powództwo nie jest bynajmniej ochrona interesów spółki. W omawianej sprawie sąd stwierdził, że ewentualnie ciągle zaskarżanie uchwał przez wspólnika dla szykany mogłoby być podstawą wyłączenia. W tym przypadku zapadłe wyroki unieważniające podjęte na zgromadzeniu uchwały przesadzają o tym, iż powództwa te były zasadne. A działanie wspólnika bynajmniej nie było podjęte na szkodę spółki. W sprawie tej wspólnicy za argument przeciwko mającemu być wyłączonym wspólnikowi wskazali ponadto dokonanie przez niego rzekomo fikcyjnej transakcji w imieniu spółki, która naraziła spółkę na szkodę. Na podstawie opinii biegłego rewidenta nie miało to jednak miejsca, w grę, co najwyżej, mógł wchodzić błąd wspólnika, który dodatkowo poprzez swoje działania zmierzające do likwidacji negatywnych skutków owej umowy, w ocenie sądu, przejawiał troskę o interes spółki i chęć naprawy ewentualnych szkód w razie ich zaistnienia.

Kolejnym zagadnieniem budzącym kontrowersje przy orzekaniu o wyłączeniu jest wpływ oceny działań wspólnika wykonującego w spółce również inne funkcje — jako członek zarządu, prokurent. W 24% przypadków wspólnicy domagający się wyłączenia powoływali się na rozmaite uchybienia wspólników związane z wyżej wymienionymi funkcjami. Jeżeli w sprawie doszło do orzekania, sąd w większości

²⁵ Sąd Rejonowy w Lublinie, VIII GC 2170/04.

²⁶ Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej, VI GC 1261/00.

uznawał, iż pomimo tego, że uchybienia dotyczyły pełnienia funkcji członka zarządu, nie można ich oddzielić od statusu i pozycji wspólnika — osoby zobowiązanej do lojalności wobec spółki i innych wspólników. W istocie, z punktu widzenia wspólników zaniepokojonych poczynaniami mającego zostać wyłączonym członka zarządu, jego zachowanie może wpłynąć na, co najmniej, utratę zaufania do danego wspólnika, co również należy wziąć pod uwagę przy orzekaniu, zwłaszcza w sytuacji, gdy zachodzą także inne przesłanki uzasadniające wyłączenie. Podobnie, jak stwierdził sąd apelacyjny²⁷, „(...) okoliczność, iż pozwany wspólnik był prokurentem, nie wyklucza możliwości uznania jego szkodzących spółce działań za przesłankę wyłączenia go ze spółki w trybie art. 266 k.s.h.” W jednym tylko przypadku²⁸ sąd uznał za niemający znaczenia w sprawie zarzut powodów niewywiązywania się należycie wspólnika z obowiązków członka zarządu.

W tym samym uzasadnieniu według sądu nieterminowe uiszczenie przez pozwanego dopłaty nie mogło stanowić ważnej przyczyny wyłączenia. Zwrócono przy tym uwagę na stosunkowo niską, w uznaniu sądu, kwotę należności. Natomiast w dwóch innych orzeczeniach²⁹ sąd wziął pod uwagę bezpodstawną odmowę wspólnika uiszczenia dopłat. Należy przychylić się do zaprezentowanego poglądu, zgodnie z którym uchylenie się od obowiązku wniesienia dopłat może, w zależności od istnienia dodatkowych okoliczności, a zwłaszcza trudnej sytuacji finansowej spółki i konieczności dofinansowania jej działalności, mieścić się w pojęciu „ważne przyczyny”.

W jednym z orzeczeń³⁰ sąd poruszył istotną kwestię różnicowania oceny „ważnych przyczyn”. Zwrócono uwagę, że co do zasady są one inne w okresie organizowania przedsiębiorstwa, inne w okresie aktywnej działalności, a inne w czasie postępowania likwidacyjnego spółki, inne są bowiem wtedy cele i charakter podejmowanych wówczas działań. W omawianej sprawie, spółka, z której żądano wyłączenia wspólnika, była „w likwidacji”. Sąd podkreślił, iż po otwarciu likwidacji ważnymi przyczynami są te, które uniemożliwiałyby prawidłowe prowadzenie postępowania. Natomiast możliwość dalszego funkcjonowania spółki nie jest już wtedy istotna. Wspólnicy powinni w takim przypadku wykazać, że działanie danego wspólnika dezorganizuje przebieg likwidacji. Sąd wskazał również, że ewentualna skuteczna uchwała wspólników o dalszym istnieniu spółki oznaczałaby możliwość ponownego żądania wyłączenia wspólnika, opierając się na tych samych przyczynach.

„Ważna przyczyna” powinna dotyczyć konkretnego wspólnika, nie spółki ani też pozostałych wspólników. W jednej ze spraw³¹ sąd oddalił powództwo, argumentując, że mocne skonfliktowanie wspólników nie przesądza o uzasadnionym wyłącze-

²⁷ Sąd Okręgowy we Wrocławiu, X GC 826/01.

²⁸ Sąd Okręgowy w Katowicach, XIII GC 646/00 JW.

²⁹ Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia, V GC 1691/04/S; Sąd Rejonowy w Lublinie, VIII GC 2170/04.

³⁰ Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia, V GC 879/03/S.

³¹ Sąd Okręgowy w Krakowie, IX GC 1480/02.

niu pozwanych wspólników. Na gruncie danego stanu faktycznego sąd uznał, iż sytuacja, w jakiej znalazła się spółka, stanowi raczej podstawę do jej rozwiązania.

Warto dodać w tym miejscu, że po analizie zebranego materiału badawczego dała się zauważyć ciekawa tendencja. W ośmiu na pięćdziesiąt cztery pozwach i w siedmiu na siedemnaście uzasadnień orzeczeń wyłączających wspólnika powoływano się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 1997 r. (II CKN 31/97, OSNC 1997, nr 8, poz. 116), które za ważną przyczynę uznaje niemożność bezkonfliktowej współpracy. Jednak w żadnym z tych przypadków nie wskazywano tylko i wyłącznie na ten argument. Przywołanie wyżej wspomnianego orzeczenia było raczej dopełnieniem uzasadniającego wyłączenie wywodu.

Podkreślić również należy, iż niejednokrotnie sprawa o wyłączenie wspólnika nie była jedynym wyrazem sporu pomiędzy wspólnikami. W połowie przypadków równolegle toczyły się również inne sprawy z udziałem wspólników. Najczęściej były to spory związane z roszczeniami wynikającymi ze stosunku pracy, jaki łączył wspólnika ze spółką (20,6%), powództwa o stwierdzenie nieważności bądź uchylenie uchwał zgromadzenia wspólników (37,9%), a także w wielu przypadkach przeciwko mającemu być wyłączonym wspólnikowi toczyło postępowanie karne (34,5%).

Jednak najistotniejsza kwestia, na jaką należy w tym miejscu zwrócić uwagę, to przyczyny, które zostały uznane przez sąd za wystarczające, by wyłączyć wspólnika ze spółki. Oczywiście wnioski te są jedynie pewnym uogólnieniem, jako że każda sprawa to odmienny, często wielopłaszczyznowy stan faktyczny. Jednak „ważnymi przyczynami” były przede wszystkim: działalność konkurencyjna prowadzona przez wspólnika (29,2%), bezpośrednia szkoda majątkowa, jaką poniosła spółka w wyniku działań wspólnika (33,4%), brak dbałości o interesy spółki (20,8%), a także towarzysząca im utrata zaufania do wspólnika (41,7%).

ZABEZPIECZENIE POWÓDZTWA

Pomimo wytoczenia powództwa wspólnik, którego wyłączenia domagają się pozostali wspólnicy, zachowuje do czasu zapłacenia ceny za jego udziały pełnię swoich praw udziałowych³². Wspólnik w tym czasie może normalnie funkcjonować w spółce, wykonując swe prawa i obowiązki. Sam fakt toczącego się postępowania, jakkolwiek może wpłynąć na zaognienie relacji w spółce, nie wpływa na treść i realizację stosunku członkostwa. W związku z tym, w sytuacji, w której poczynania wspólnika w istotny sposób zakłócają prawidłowe funkcjonowanie spółki i/lub

³² A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych: objaśnienia*, 4 wyd., Zakamycze 2004, s. 1217; R. Pabis: *Prawa i obowiązki wspólników w spółce z o.o.*, Kraków 1999, s. 232; A. Szajkowski, M. Tarska (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, M. Tarska: *Kodeks spółek handlowych*, t. 2, *Komentarz do artykułów 151–300*, 2 wyd., Warszawa 2005, s. 821.

przynoszą poważne straty, jak najbardziej uzasadniona jest możliwość, jaką daje art. 268 k.s.h., a mianowicie zawieszenie wspólnika w wykonywaniu jego praw udziałowych. Nawet jeśli zarzuty co do wspólnika są uzasadnione i nastąpi jego wyłączenie, wspólnik ten w toku postępowania może działać destrukcyjnie wobec spółki i pozostałych wspólników. Co więcej, wspólnik taki może celowo, niejako w odwecie, zintensyfikować swoje poczynania. Niebezpieczeństwo to spotęgowane jest również długością toczącego się postępowania. Sprawa o wyłączenie wspólnika wymaga szczególnie wnikliwego zbadania wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na ukształtowanie relacji w spółce, co najczęściej związane jest z wielopłaszczyznowym postępowaniem dowodowym; ponadto niejednokrotnie działania wspólnika mającego być wyłączonym mają na celu przedłużenie trwania procesu. Dla lepszego zilustrowania problemu — średni czas trwania postępowania o wyłączenie na podstawie zebranego materiału badawczego, liczony od dnia wniesienia pozwu do dnia wydania prawomocnego wyroku wyłączającego wspólnika, to dwadzieścia sześć miesięcy.

Kwestia zabezpieczenia powództwa również była przedmiotem badań. I tak z wnioskiem o zabezpieczenie powództwa wspólnicy żądający wyłączenia wystąpili w 66,7% przypadków. Liczba wniosków oddalonych i uwzględnionych przez sąd była stosunkowo wyrównana³³.

Najczęstszą (30% przypadków) przyczyną oddalenia wniosku był brak wystarczającego w ocenie sądu uprawdopodobnienia. W jednym z uzasadnień³⁴ sąd zwrócił uwagę, że konieczność uprawdopodobnienia występuje w dwóch aspektach. Należy uprawdopodobnić zasadność roszczenia — tzn. wskazać, że dane zachowanie wspólnika przemawia za zabezpieczeniem powództwa, a następnie uprawdopodobnić istnienie tych ważnych powodów. Podobnie w innej sprawie³⁵, sąd oddalił wniosek, jako że powód nie odniósł się do „ważnych powodów”, lecz jedynie wskazał pozytywne w jego ocenie skutki zawieszenia — jest to oczywiście niewystarczające. Co więcej, warto podkreślić, iż w konstrukcji „ważnych powodów” zawiera się pytanie o celowość zabezpieczenia. Nie zachodzą one w sytuacji, gdy wspólnik nie przejawia jakiegokolwiek aktywności i faktycznie zaniechał wykonywania praw i obowiązków — tak w jednym z badanych uzasadnień³⁶. Wydaje się jednak, że trzeba w takim przypadku zachować szczególną ostrożność, a postanowienie takie powinno być wydane na podstawie pewnych przesłanek obiektywnych. To, że wspólnik nie wykonuje swoich praw, nie znaczy, że nie mógłby zacząć, zwłaszcza w sposób zagrażający interesowi spółki. Warto jeszcze zwrócić uwagę na jedno z uzasadnień³⁷ do postanowienia oddalającego. We wniosku powodowie obawiali

³³ 60,6% oddalonych, 39,4% uwzględnionych.

³⁴ Sąd Okręgowy w Kielcach, VII GC 457/04.

³⁵ Sąd Okręgowy w Krakowie, IX GC 1318/03.

³⁶ Sąd Okręgowy w Krakowie, IX GC 117/03.

³⁷ Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia, V GC 879/03/S.

się przede wszystkim nadużywania przez wspólnika, który pełnił funkcję księgowego w spółce, prawa do indywidualnej kontroli. Sąd odmowę uzasadnił brakiem wykazania przez wspólników żądających zabezpieczenia, iż skorzystanie z prawa wglądu do dokumentów uniemożliwiłoby osiągnięcie celów ewentualnego wyroku. Pomijając ocenę zasadności takiej argumentacji, interesujące jest podanie przez sąd pewnej wskazówki, która mogłaby pomóc w uniknięciu ewentualnego zagrożenia, a mianowicie podkreślono, że spółka może na mocy art. 212 § 2 k.s.h. odmówić wyjaśnień oraz udostępnienia do wglądu ksiąg i dokumentów. Podobne postanowienie wydano w sprawie³⁸, w której sprzeczne z interesem spółki działanie wspólnika wiązało się z wykonywaną przez niego funkcją prokurenta spółki. Sąd drugiej instancji, po skutecznie wniesionym przez pozwanego zażaleniu, zmienił postanowienie i oddalił wniosek o zabezpieczenie powództwa, wskazując, iż na mocy art. 208 § 7 k.s.h. prokurenta może odwołać każdy członek zarządu.

W przypadku postanowień zabezpieczających w uzasadnieniach sąd przede wszystkim zwracał uwagę, iż zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, lecz wystarczy uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Najczęstszymi (38,5% przypadków) ważnymi w uznaniu sądu powodami były działalność konkurencyjna wspólnika i spowodowanie po stronie spółki bezpośredniej szkody majątkowej.

Warto również zwrócić uwagę na relację między postanowieniami sądu a ostatecznym rozstrzygnięciem spraw. W porównywalnej liczbie spraw zabezpieczenie powództwa wiązało się z wyrokiem wyłączającym (7 spraw — 31,8% przypadków), a postanowienie oddalające wniosek o zabezpieczenie poprzedzało orzeczenie oddalające powództwo o wyłączenie (5 spraw — 22,7% przypadków). Ciekawie z kolei kształtuje się kwestia niejako niekompatybilności postanowień w przedmiocie wydania zarządzenia tymczasowego z wyrokiem sądu. Mianowicie, w dziewięciu przypadkach (40,9%) po wydaniu postanowienia oddalającego wniosek, wydano wyrok wyłączający, a tylko w jednym (4,5%) zabezpieczenie powództwa nie wiązało się z wydaniem wyroku wyłączającego. Na tej podstawie w szczególności sposób widać, iż „ważne powody” zabezpieczenia nie są tożsame z „ważnymi przyczynami” wyłączenia wspólnika.

ORZECZENIE O WYŁĄCZENIU

Aby orzeczenie wyłączające wspólnika stało się skuteczne, spełnione muszą zostać dodatkowe przesłanki — wyłączonego wspólnikowi w przewidzianym przez sąd terminie ma zostać zapłacona wskazana w orzeczeniu cena przejęcia udziałów.

³⁸ Sąd Okręgowy we Wrocławiu, X GC 826/01.

Cena ta ma być ustalona na podstawie rzeczywistej wartości udziałów w dniu doręczenia wspólnikowi pozwu. Sformułowanie „wartość rzeczywista” nie zostało w kodeksie sprecyzowane. W związku z tym w doktrynie istnieją rozbieżności co do sposobu określenia ceny, jaka powinna zostać wypłacona wyłączonego wspólnikowi. Przy ustaleniu ceny przejęcia sąd najczęściej będzie korzystał z ostatniego przed doręczeniem pozwu bilansu finansowego przedsiębiorstwa. Sąd może również, dla dokonania wyceny udziałów, zgodnie z art. 278 k.p.c., posłużyć się opinią sporządzoną przez biegłego. Dowód taki powinien zostać dopuszczony z urzędu, bez potrzeby wnoszenia stosownego wniosku przez strony (art. 232 k.p.c.). Sąd powołuje biegłego, gdy został już zgromadzony w sprawie materiał faktyczny, umożliwiający wydanie opinii.

Jak wynika ze zgromadzonego materiału badawczego, jest to często (33,3% spraw) wykorzystywane rozwiązanie. W dwóch³⁹ przypadkach cena została przyjęta na skutek zgodnego porozumienia stron. W praktyce kwestia wyceny udziałów niejednokrotnie jest przyczyną sporu pomiędzy wspólnikami, który jest niejako następstwem zasadniczego konfliktu dotyczącego wyłączenia wspólnika. W trzech sprawach (12,5% przypadków) od wyroków wyłączających wnoszono środki odwoławcze, opierając je na kwestii dotyczącej wyceny udziałów. W jednym z wyroków⁴⁰ drugiej instancji, uwzględniającym apelację pozwanego, sąd zwrócił uwagę, iż przy wycenie udziałów nie należy opierać się wyłącznie na wartości księgowej, która w omawianym przypadku była ujemna, lecz należy wziąć pod uwagę wartość zbywcą udziałów. Ponadto, już w trakcie postępowania, niejednokrotnie miał miejsce spór polegający na kwestionowaniu ceny podanej przez jedną ze stron lub na wnoszeniu zastrzeżeń do opinii wydanej przez biegłego. Pierwsza sytuacja miała miejsce w sprawie⁴¹, gdy cena ustalona została na podstawie przedłożonego przez powodów wyliczenia wartości bilansowej udziału. Pozwany, mimo twierdzeń, nie wskazał, o ile cena została zaniżona, ani nie przedłożył własnego wyliczenia, jak również nie żądał powołania biegłego na tę okoliczność, dlatego też sąd wydał wyrok na podstawie wspomnianych obliczeń powodów. Jak było już powiedziane wyżej, nie jest konieczne zgłaszanie osobnych wniosków o wydanie opinii biegłego. Ten środek dowodowy może być powołany z urzędu. Przykładem obrazującym drugą sytuację jest sprawa⁴², w której sąd, opierając się na opinii biegłego, przyjął jako „rzeczywistą wartość” udziałów wartość bilansową, z uwagi na fakt, iż spółka nie posiadała znacznego majątku trwałego, którego wartość zbywcza mogłaby poważnie odbiegać od jego wartości księgowej. W tej samej sprawie sąd pominął również wniosek pozwanego o dopuszczenie uzupełniającej opinii innego biegłego, ponieważ doręczając pełnomocnikom stron sporządzoną opinią wyznaczono jedno-

³⁹ Sąd Okręgowy w Katowicach, XIII GC 492/02/Wt; Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia, V GC 1691/04/S.

⁴⁰ Sąd Okręgowy w Opolu, VI GC 643/02.

⁴¹ Sąd Okręgowy w Katowicach, XIII GC 911/00/D.

⁴² Sąd Rejonowy w Nowym Sączu, V GC 315/05.

częśnie tygodniowy od chwili jej doręczenia termin na wnoszenie zarzutów i uwag, pod rygorem pominięcia ich po tym terminie, co właśnie miało miejsce w omawianym stanie faktycznym. To dyscyplinujące strony rozwiązanie pozwoliło uniknąć celowego przewlekania przez powoda toczącego się postępowania.

W badanych orzeczeniach, w dwóch przypadkach (8,3%) sąd oprócz ceny wskazywał również konkretne osoby oraz liczbę udziałów i cenę, za jaką każda z nich przejmie udziały wyłączanego wspólnika. W obydwu sprawach⁴³ wskazanymi osobami byli powodowie. Wyszczególnienie takie nie jest oczywiście konieczne, co więcej, może przyczynić się ono do skomplikowania stanu prawnego, w sytuacji gdyby przejmującymi z różnych względów nie zostali jednak wspólnicy, czego nie można wykluczyć.

Ciekawa konstrukcja prawna została zastosowana w orzeczeniu pierwszej instancji wydanym przez Sąd Okręgowy w Krakowie⁴⁴ — na podstawie art. 318 § 1 k.p.c. wydano wyrok wstępny, uznając roszczenie o wyłączenie wspólnika za usprawiedliwione co do zasady, pozostawiając kwestię wyceny udziałów dalszemu postępowaniu. Sąd wskazał na konieczność przeprowadzenia skomplikowanego i kosztownego postępowania dowodowego w przedmiocie ustalenia ceny udziałów i stwierdził, iż uzasadnione jest uzależnienie prowadzenia dalszego postępowania od rozstrzygnięcia zasady, czyli wyłączenia pozwanych wspólników ze spółki. Nigdzie w literaturze nie poruszono kwestii wydania w sprawie o wyłączenie wspólnika wyroku wstępnego. Warto jednak zwrócić uwagę, że być może wykorzystanie tej konstrukcji prawnej przyczyni się do sprawniejszego ustalenia ceny udziałów i wydania wyroku uzupełniającego. Na dzień prowadzenia badań sprawa była w toku.

Jeżeli zaś chodzi o termin, w jakim oznaczona cena ma być zapłacona, to w zgromadzonym materiale badawczym, w przypadku wyroków wyłączających, sąd w większości przypadków, oznaczając termin przejęcia udziałów, wskazywał określony czas od uprawomocnienia się wyroku, z czego najkrótszy oznaczony był na siedem dni⁴⁵, a najdłuższy na sześć miesięcy⁴⁶. Długość tego okresu uzależniona była przede wszystkim od tego, czy w toku postępowania stało się wiadomym, czy istnieje osoba zainteresowana przejęciem udziałów wyłączanego wspólnika. Jakkolwiek wspomniany okres sześciu miesięcy wydaje się ze względu na ochronę interesu pozwanego stosunkowo długi, jednak w sprawie tej ważną przyczyną wyłączenia wspólnika była całkowita utrata kontaktu z pozwanym i w związku z tym ochrona ta nie była wymagana. W czterech wyrokach (16,7% przypadków) sąd wskazał datę dzienną jako termin, do którego miało nastąpić przejęcie. Od jednego

⁴³ Sąd Okręgowy w Gliwicach, X GC 636/01; Sąd Rejonowy w Nowym Sączu, V GC 315/05.

⁴⁴ IX GC 9/06.

⁴⁵ Sąd Okręgowy w Kielcach, VII GC 112/06.

⁴⁶ Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej, V GC 486/01.

z tych wyroków⁴⁷ wniesiono apelację, w wyniku której sąd apelacyjny w uzasadnieniu zwrócił uwagę, iż zważywszy na konsekwencje niezapłacenia ceny przejęcia udziałów w wyznaczonym terminie, początek jego biegu wiązany być winien z chwilą uprawomocnienia się wyroku. W jednej ze spraw⁴⁸ w wyroku podano termin zapłaty ceny przejęcia poprzez oznaczenie daty wcześniejszej niż data wydania wyroku. Ta wyjątkowa sytuacja była skutkiem tego, iż strony zawarły ugodę, w wyniku której zapłacona została ustalona suma za udziały pozwanego, który jednak nie stawiał się w sądzie i nie potwierdził zawartej ugody. W związku z tym sąd wydał wyrok wyłączający, wskazując termin zapłaty ceny za udziały na dzień, w którym została zawarta ugoda. W dwóch przypadkach⁴⁹ powodowie w pozwie podali termin przejęcia udziałów. Jak była o tym mowa — żądanie takie nie wiąże sądu, niemniej w obydwu przypadkach wydano wyrok określający taki właśnie okres.

ZAKOŃCZENIE POSTĘPOWANIA

Wydaje się, że najbardziej interesująca jest statystyka, w jaki sposób sprawy o wyłączenie wspólnika zostały zakończone. W 42,1% spraw wydano wyrok wyłączający wspólnika. 15,7 to wartość procentowa, w jakiej postępowanie zakończyło się wyrokiem, który oddalał powództwo o wyłączenie. W takiej samej liczbie przypadków, w jakiej powództwo zostało uznane, postępowanie podległo umorzeniu. Przy czym należy w tym miejscu zróżnicować tę wartość ze względu na przyczyny wydania postanowienia o umorzeniu postępowania, co zostało zobrazowane w poniższym zestawieniu:

- ugoda — 7%,
- cofnięcie pozwu — 24,6%,
- niepodjęcie postępowania — 5,3%,
- uznanie żądania pozwu — 1,7%.

W 3,5% przypadków postępowanie zostało zawieszone.

Przy obliczaniu tych wartości przyjęto jako osobne rozstrzygnięcia w sprawach, w których żądano wyłączenia kilku wspólników, indywidualnie w stosunku do poszczególnych osób. Konieczne jest również podkreślenie, iż nie wszystkie sprawy, na dzień przeprowadzania badań, były prawomocnie zakończone.

⁴⁷ Sąd Okręgowy we Wrocławiu, X GC 826/01.

⁴⁸ Sąd Rejonowy w Lublinie, VIII GC 1801/04.

⁴⁹ Sąd Okręgowy w Gliwicach, X GC 636/01; Sąd Rejonowy w Gliwicach VII GC 373/03.

SYTUACJA SPÓŁKI I SYTUACJA W SPÓŁCE

Przeprowadzono również badania wpływu, jaki miała tocząca się sprawa o wyłączenie wspólnika na sytuację finansową spółki, nie tylko w czasie postępowania przed sądem, ale pod kątem niejako „uzdrawiającej” roli instytucji wyłączenia wspólnika dla stanu finansowego spółki. W tym celu dokonano, jak było o tym wspomniane, analizy danych ze sprawozdań finansowych zgromadzonych w aktach rejestrowych spółki. Badania te, ze względu na dostęp do akt, możliwe były do przeprowadzenia w 52,7% przypadków. I tak — w zaledwie 10% spółek sprawa o wyłączenie wspólnika wiązała się ze spadkiem zysku w spółce, jednak nie można jednoznacznie stwierdzić, iż toczące się postępowanie było zasadniczą przyczyną takiej sytuacji. W 13,8% przypadków miało miejsce ogłoszenie rozwiązania spółki i otwarcie likwidacji, z czego w jednym przypadku⁵⁰ nastąpiło to w toku sprawy o wyłączenie wspólnika. Co więcej, w sprawie tej wydano wyrok oddalający powództwo, od którego wniesiono apelację. Niemniej w wyniku zawartej ugody pozasądowej postępowanie w przedmiocie apelacji zostało umorzone. W rezultacie, wspólnik, przeciwko któremu toczyło się postępowanie, zbył swoje udziały, po czym pozostali wspólnicy podjęli uchwałę o dalszym istnieniu spółki. W 10% przypadków ogłoszono upadłość spółki, z czego w dwóch⁵¹ na trzy sytuacje stało się to przyczyną zawieszenia postępowania o wyłączenie wspólnika, które w konsekwencji zostało umorzone z powodu niezgłoszenia wniosku o podjęcie postępowania. Widać więc, iż sprawa o wyłączenie wspólnika niejednokrotnie wiąże się z sytuacją kryzysową w spółce, niekoniecznie jednak przyczyną tego jest negatywne zachowanie wspólnika. Warto bowiem zaznaczyć, iż w dwóch⁵² na cztery spółkach ogłoszenie likwidacji miało miejsce pomimo tego, że wydano wyrok wyłączający wspólnika.

Na podstawie przeprowadzonych badań można wysnuć wniosek, że instytucja wyłączenia wspólnika przynosi zamierzony rezultat — tzn. prowadzi do wyeliminowania danego wspólnika ze spółki, nie tylko na skutek wydania wyroku uznającego powództwo. Często stanowi ona niejako sama w sobie motywację do zerwania więzi pomiędzy wspólnikiem a spółką. W 57,1% przypadków⁵³, w których postępowanie zostało umorzone na skutek cofnięcia pozwu, zostały zawarte umowy sprzedaży udziałów wspólnika, którego wyłączenia żądano. Obserwacja ta nie powinna dziwić. Jeżeli bowiem sytuacja w spółce stała się bodźcem do wniesienia powództwa o wyłączenie wspólnika, sama ta czynność w jeszcze większym stopniu może przyczynić się do zaostrzenia konfliktu pomiędzy wspólnikami. Wspólnik, którego pozostali chcą się pozbyć ze swojego grona, do podjęcia decyzji o sprzeda-

⁵⁰ Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia, V GC 879/03/S.

⁵¹ Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia, IV GC 690/01 i IV GC 705/02/S.

⁵² Sąd Okręgowy w Katowicach, XIII GC 979/01 K; Sąd Okręgowy we Wrocławiu, X GC 425/00.

⁵³ Wartość tę obliczono na podstawie informacji zawartych w aktach rejestrowych spółek, w ramach których toczyła się sprawa o wyłączenie wspólnika.

niu swoich udziałów może być motywowany w dwojaki sposób. Po pierwsze, zdaje sobie sprawę, iż jego zachowanie może być uznane przez sąd za wyczerpujące znamiona „ważnych przyczyn” i w związku z tym wydany zostanie wyrok wyłączający go ze struktury spółki. Po drugie, może uznać, iż dalsze jego pozostawanie w spółce w sytuacji, gdy toczy się przeciwko niemu postępowanie o wyłączenie, nawet w przypadku gdyby wydano wyrok na jego korzyść, tzn. oddalający powództwo, byłoby bezcelowe ze względu na nieodwracalny skutek — naruszenie więzi pomiędzy wspólnikami. Utrzymanie przez niego statusu wspólnika mogłoby być podstawą dalszych zatargów w ramach spółki. Można również przyjąć scenariusz, gdy wspólnik, pomijając wyżej wymienione pobudki, zdecyduje się na sprzedaż swoich udziałów, ponieważ nie jest on w ogóle zainteresowany dalszym pozostawaniem w spółce. Będzie to miało miejsce zwłaszcza w sytuacji, gdy wspólnik ten zajmuje się również inną działalnością gospodarczą, która, co ważne, może stanowić konkurencję dla spółki, z której żąda się jego wyłączenia. Co więcej, ta działalność konkurencyjna mogła być „ważną przyczyną” wyłączenia go ze spółki. Pomijając kwestię przesłanek subiektywnych, jakimi kierować może się wspólnik, za najbardziej dobitny można uznać argument polegający na ograniczeniu kosztów, które wiązałyby się z dalszym prowadzeniem postępowania o wyłączenie wspólnika i to niezależnie od wyniku sprawy. Zwłaszcza biorąc pod uwagę, iż omawiana sprawa najczęściej wiąże się z długotrwałym, skomplikowanym postępowaniem dowodowym. Ponadto zgodne ustalenie ceny sprzedaży udziałów, gdy pozew został cofnięty, uczyni zbędnym chociażby uiszczanie kosztów związanych z ustaleniem rzeczywistej wartości udziałów na podstawie sporządzonej przez biegłego opinii (co, jak wynika z analizy badanych spraw, jest często stosowaną przez sądy praktyką). Umowa sprzedaży udziałów przez wspólnika będzie najprostszym i najtańszym pod względem związanych z nią kosztów sposobem zażegnania konfliktu w spółce. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na zapis, jaki znalazł się w jednej z umów sprzedaży udziałów⁵⁴. A mianowicie ustalono, że w celu uniknięcia sporów zbywca zobowiązuje się, że przez okres pięciu lat od zawarcia umowy nie będzie w jakikolwiek sposób prowadził działalności konkurencyjnej na terenie danego budynku. Zapis taki zasługuje na pozytywną ocenę i prowadzi do sugestii, by wykorzystywać analogiczne rozwiązania w tego typu umowach, a to właśnie ze względu na ograniczenie ryzyka powstania kolejnego konfliktu.

Nie można jednak zapominać, iż nie zawsze, ze względu na agresywną postawę wspólników czy złożoność stanu faktycznego, omawiany spór, który znalazł swój wyraz w toczącym się postępowaniu przed sądem, da się zakończyć w taki „pokojowy” sposób. Wspólnicy, pomijając wymienione wyżej przesłanki przemawiające za tego typu rozwiązaniem, niejednokrotnie będą dążyć do zakończenia postępowania przez wydanie prawomocnego wyroku. Jednak, co należy podkreślić,

⁵⁴ W związku ze sprawą toczącą się przed Sądem Okręgowym w Krakowie, IX GC 1415/04.

obowiązek zapłacenia we wskazanym terminie określonej w prawomocnym wyroku wyłączającym ceny wymaga, aby wyłączenie było przez pozostałych wspólników dokładnie zaplanowane. Nawet jeżeli istnieją „ważne przyczyny” wyłączenia wspólnika, ale nie ma jednak pewności, że udziały jego zostaną przejęte przez dotychczasowego wspólnika/wspólników bądź przez osoby trzecie, należy zastanowić się nad sensem wnoszenia stosownego powództwa. A to przede wszystkim ze względu na związane z postępowaniem koszty, prawdopodobieństwo wytoczenia przez niewyłącznego wspólnika procesu o odszkodowanie, jak i istnienie uzasadnionej obawy, iż kryzys interpersonalny w spółce zostanie pogłębiony, co może być szczególnie niebezpieczne dla samej spółki.

PODSUMOWANIE

Przy przeprowadzaniu analizy zebranego materiału najbardziej zajmująca była kwestia stosowanej przez sądy interpretacji klauzuli „ważnych przyczyn”. Nie podlega wątpliwości, iż przyczynami takimi będą przede wszystkim wszelkie przejawy braku lojalności wobec spółki. Przy czym pojęcie lojalności można tu rozumieć szerzej, nie tylko jako odnoszące się do zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej, która może stanowić poważne zagrożenie dla spółki, ale również przejawiające się w ogólnej dbałości o jej interes. Tym samym spowodowanie bezpośredniej szkody majątkowej po stronie spółki również bez wątpienia zostanie zakwalifikowane jako „ważna przyczyna”. Towarzysząca temu utrata zaufania pozostałych wspólników do osoby mającej zostać wyłączoną ze spółki będzie tu niejako dopełnieniem prowadzącym do sytuacji, w której bezkonfliktowa współpraca między wspólnikami nie będzie już możliwa.

Konstrukcja wyłączenia wspólnika jest autonomicznym środkiem ochrony interesu spółki i wspólników, mającą przede wszystkim odstraszać od podejmowania szkodzących spółce działań. Z drugiej strony, jest również swoistym antidotum na powstały już kryzys interpersonalny, zwłaszcza biorąc pod uwagę szczególny rodzaj więzi, jaka powinna łączyć wspólników spółki z o.o., i konieczną w takiej sytuacji ingerencję niezawisłego sądu.

URSZULA WALCZAK*

ZASADY ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA SZKODĘ
NIEMAJĄTKOWĄ W PRAWIE UMÓW
— POSTULATY *DE LEGE FERENDA*.

1.1. MODELE ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA KONTRAKTOWĄ
SZKODĘ NIEMAJĄTKOWĄ
W OBCYCH PORZĄDKACH PRAWNYCH

Problem zasad odpowiedzialności za szkodę niemajątkową na gruncie prawa umów jest już, w przeciwieństwie do samego pojęcia tej szkody, zagadnieniem *stricte* normatywnym.

Zasada rekompensaty pełnej, ograniczonej czy też wyłączenia odpowiedzialności za tego rodzaju uszczerbki nie wynika ze struktury faktycznej zdarzenia powodującego szkodę, a jedynie z woli ustawodawcy i tym samym z przyjętej polityki prawodawczej. W omawianym zakresie poszczególne porządki krajowe przyjmują niezwykle zróżnicowane stanowiska. Trudno jednoznacznie stwierdzić, które zapatrywanie ma charakter dominujący i czy rzeczywiście możemy mówić o istnieniu określonej tendencji legislacyjnej¹.

* Autorka jest asystentem w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie i aplikantem sądowym.

¹ Rzecznik Generalny Tizzano stwierdził, że ustawodawcy krajowi zmierzają do rozszerzania odpowiedzialności za szkodę niemajątkową. Z drugiej strony: „większość europejskich systemów prawnych odpowiedzialność taką ogranicza nadal tylko do szczególnych przypadków” — R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem zobowiązania*, Przegląd Sądowy 2006, nr 5, s. 22.

1.1.1. STANOWISKO PRAWA NIEMIECKIEGO

Postulaty ochrony interesów niemajątkowych spotykały się w prawie niemieckim z pewnymi oporami i zachowawczą, by nie powiedzieć, restrykcyjną reakcją ustawodawcy. Ogólnie rozumiana szkoda kontraktowa jest zasadniczo rekompensowana jedynie w sytuacji, gdy stanowi rzeczywisty uszczerbek majątkowy lub polega na utracie spodziewanego zysku (§ 249–252 BGB). Szkoda niemajątkowa w stosunkach obligacyjnych pierwotnie nie podlegała żadnej rekompensacie, nawet w wypadkach najbardziej rażących naruszeń. Zmiana w zapatrywaniach orzecznictwa i nauki² na temat odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy wywarła zasadniczy wpływ także na inne unormowania zaliczane tradycyjnie do kręgu prawodawstw germańskich³.

Krótką charakterystykę ewolucji prawa niemieckiego w ramach odpowiedzialności za szkodę niemajątkową, w tym także szkodę wynikłą z niewykonania zobowiązania, należy rozpocząć od przypomnienia, że początkowo jedyną podstawą zasądzenia odszkodowania za naruszenie dóbr niemajątkowych była norma deliktowa § 823 BGB. Przepis stanowił bowiem: „ten, kto umyślnie lub nieumyślnie naraża życie, zdrowie, mienie albo narusza inne prawo osoby, zobowiązany jest do naprawienia wyrządzonej szkody”. Treść § 823 nie determinowała wprost istnienia roszczenia o rekompensatę pieniężną za doznaną szkodę niemajątkową; przeciwnie, przyjęto, że chodzi w tym wypadku jedynie o realne naprawienie majątkowej szkody wynikłej z naruszenia interesów niemajątkowych. Prawo do zadośćuczynienia wynikało z kolei z treści § 847 BGB, zakresowo znacznie węższego, według którego przysługiwało ono w razie uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia, pozbawienia wolności lub kwalifikowanego uwiedzenia kobiety⁴. Katalog przypadków kreujących obowiązek rekompensaty szkody niemajątkowej był zamknięty i znajdował zastosowanie do wąskiej grupy sytuacji najbardziej poważnych naruszeń.

Przez wiele lat uszczerbek w postaci na przykład naruszenia dobra osobistego nie był prawnie irrelewantny, choć pozbawiony sankcji majątkowej po stronie sprawcy⁵. Artykuł 2 ust. 1 nowej ustawy zasadniczej z dnia 23 maja 1949 r. wyprowadził regulację ogólnego prawa osobowości o bezwzględnym charakterze, odpowiadającego w zasadzie hipotezie § 823 BGB⁶. Decydujące znaczenie w zakresie majątkowej ochrony dóbr niemajątkowych miał z kolei wyrok Trybunału Związko-

² W szczególności podkreślić należy tutaj rolę judykatury.

³ Na przykład kodeksu cywilnego greckiego. Zob. A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 24.

⁴ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 27.

⁵ Tamże, s. 28. „Główny argument streszczał się w stwierdzeniu, że przyznanie zadośćuczynienia pieniężnego w tych wypadkach nie odpowiada panującym w społeczeństwie poglądom” i prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia osoby pokrzywdzonej.

⁶ Trybunał Związkowy po raz pierwszy uznał istnienie ogólnego prawa osobowości w orzeczeniu z dnia 23 kwietnia 1954 r., BGHZ t. 13, s. 334.

wego z dnia 14 lutego 1958 r.⁷ Poza samą odpowiedzialnością deliktową, umiejscowiony w części ogólnej prawa zobowiązań § 253 BGB wprowadzał restrykcyjną regułę, że zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową przysługuje jedynie w wypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. Do czasu reformy niemieckiego kodeksu cywilnego w 2002 r. podstawą zasądzenia odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy mógł być jedynie przepis § 823 BGB (w drodze odpowiedniej wykładni) lub § 847 BGB (stosowany wprost).

Ustawą nowelizującą z dnia 2 stycznia 2002 r. przeniesiono treść § 847 do ust. 2 § 253 BGB. Zmiana w znacznym stopniu poszerzyła możliwości rekompensaty uszczerbku niemajątkowego związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania⁸. Oczywiście, zasadnicza ich większość wciąż nie podlega jednak naprawieniu⁹. Problem ten już wcześniej został dostrzeżony przez judykaturę, stąd potraktowano utraconą korzyść w sferze osobistej (rozważano przypadki umów o imprezę turystyczną, gdzie całkiem często dochodziło do powstania szkody w postaci utraconej przyjemności wypoczynku) jako szkodę o charakterze majątkowym¹⁰. Stanowisko takie jest związane z konkretnymi następstwami i okazuje się bardzo niekonsekwentne. Sądy niemieckie uznały, że w przypadku pewnych dóbr możliwa jest ich komercjalizacja, gdyż cechują się one w obrocie określoną wartością i mogą być nabywane odpłatnie nawet wówczas, gdy faktycznie mają charakter niemajątkowy. Koncepcja komercjalizacji dóbr z natury niemajątkowych pozwala na ominięcie obostrzeń w zakresie możliwości rekompensaty poszczególnych rodzajów szkód z jednej strony, z drugiej zaś wiąże się z ryzykiem zbyt ekspansywnego, nieprzemysłanego stosowania kryteriów ściśle majątkowych dla pieniężnej wyceny dóbr, których *de facto* w ten sposób oszacować się nie da. Trudność ma bowiem wynikać nie tylko z fizycznych ograniczeń, lecz również ze względu na pewien sprzeciw moralny, jaki budzić może próba porównywania wartości bezcennych (jak życie czy wolność) z wartościami czysto majątkowymi¹¹.

Wspomniane wyżej zagrożenie zdaje się nie występować w powoływanym często przy okazji dyskusji nad problemem kontraktowej szkody niemajątkowej przypadku umowy o podróż turystyczną. Nie oznacza to jednak, że kwalifikowanie

⁷ BGHZ t. 26, s. 349. Zob. także A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 29.

⁸ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 22.

⁹ Zob. U. Magnus: *The Reform of German Tort Law*, Barcelona 2003, s. 4 i n. Autor podkreśla, że pomimo zmiany, ustawodawca wciąż pozostaje daleko „w tyle” w stosunku do innych systemów europejskich, jeżeli chodzi o ochronę dóbr niemajątkowych. Paragrafy 611 BGB i 651f BGB, jako wyjątki od reguły § 253, mają jego zdaniem bardzo ograniczone znaczenie.

¹⁰ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, Państwo i Prawo 2002, z. 10, s. 74. Zob. orzeczenie Sądu w Berlinie z 8 stycznia 1968 r. (52 S 230/67).

¹¹ Zob. M. Ciemniński: *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2005, z. 2, s. 369. Wydaje się, że stanowisko judykatury niemieckiej mogło wynikać z postawy poszukiwania mechanizmów naprawienia szkody za wszelką cenę, nawet kosztem wypaczenia istoty uszczerbków niemajątkowych. Nie zaakceptowano niestety faktu, że być może, poza opisaną w rozdziale 1 (TPP 1/2007) restytucją, takie mechanizmy są po prostu nieosiągalne.

wszelkich uszczerbków jako majątkowych jest zabiegiem jurydycznie poprawnym, choć nie sposób odmówić mu sugestywności. Można zebrać przeciw koncepcji komercjalizacji cały szereg przekonujących argumentów.

Zwolennikiem komercyjnego podejścia do problemu odszkodowania za utraconą przyjemność był między innymi T. Dybowski¹². Uznanie pewnej formy wypożyczynu czy przyjemności za korzyść spieniężalną miało wyrażać się w założeniu, że są to świadczenia, których wartość odzwierciedla cena zakupu. Stanowisko w istocie zbliżone do poglądów niemieckiej judykatury podobnie niepozbawione jest licznych sprzeczności.

Należy przede wszystkim stanowczo podkreślić, że sama utrata przyjemności w żaden sposób nie wpływa na zmniejszenie wartości wykonanego świadczenia. Jest ona bowiem zawsze wynikiem pewnych zaniedbań i sytuacji, kiedy dłużnik nie świadczył tego, co powinien, bądź jakość świadczenia czy też sposób wykonania umowy nie spełniały wymogów wyrażonych w jej treści. W takiej jednak sytuacji szkoda majątkowa nie wynika z niedostarczenia spodziewanej przyjemności wypożyczynu, a jedynie z faktu, że wartość świadczeń była niższa niż umówiona. W przeciwnym wypadku, każdy brak spodziewanej przyjemności, także ten wynikający z przyczyn „zewnętrznych”, decydowałby o konstatacji, że świadczenie było nie-należyte¹³.

Umowa o imprezę turystyczną i zbliżone do niej inne stosunki umowne nie są umowami rezultatu co do osiągnięcia określonego stopnia satysfakcji. Pomijając wypadki, w których dłużnik w sposób wyraźny zagwarantował taki rezultat (będą z pewnością należały do rzadkości), świadczenie może (choć nie musi) przynieść efekt w postaci zadowolenia, ten z kolei nie jest elementem treści umowy, a jedynie jednostronnym motywem jej zawarcia.

Wreszcie, komercjalizacja dóbr niemajątkowych jest niczym innym jak tworzeniem pewnej fikcji wykorzystywanej wyłącznie na potrzeby ominięcia określonych rygorów normatywnych. „Przyjemność” nie ma wartości ekonomicznej, nie jest także możliwe wskazanie w pełni satysfakcjonującego układu odniesienia pozwalającego na oszacowanie „wysokości” szkody w postaci utraconego spodziewanego zadowolenia. Jak wykazywano w poprzednim rozdziale, sensem odszkodowania ma być jedynie pieniężna, nie zawsze trafiona „rekompensata” tego, czego zrekompensować się już *de facto* nie da. Wydaje się, że sądy niemieckie, mimo konsekwencji przyjęcia omawianej koncepcji, wciąż natrafiały na znaczne trudności z szacowaniem wysokości szkody¹⁴.

¹² T. Dybowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Wrocław–Warszawa 1981, s. 237–238.

¹³ P. Bawal: „(...) vacation operators are not selling or guaranteeing enjoyment and happiness. They are contracting to supply the services associated with the vacation which vacationers convert to their personal version of fun” (w:) *Legal Remedies for Spoiled Vacations*, LawNow, September/October 2006.

¹⁴ Problem nie powstaje w przypadku faktycznej szkody majątkowej. Jedyne utrudnienia stanowią w takiej sytuacji kwestie dowodowe.

W 1979 r. umowę o imprezę turystyczną unormowano w BGB, tym samym pojawił się § 651f ust. 2. Na jego podstawie podróżny mógł domagać się odpowiedniego odszkodowania za czas wakacji spędzony bezużytecznie w sytuacji udaremnienia lub istotnego naruszenia prawidłowego przebiegu podróży¹⁵. Bezużyteczność spędzonego czasu można rozumieć w tym wypadku jako: „brak związanego z urlopem w przewidywanych warunkach pożytku w sferze osobistej”¹⁶. Niewątpliwie zatem takie określenie szkody świadczy o założeniu jej niemajątkowego charakteru.

Określenie wysokości należnego odszkodowania stało się na gruncie nowych przepisów ponownie problematyczne. Nietrafne okazały się zabiegi relatywizujące szkodę do wysokości osiąganych przez poszkodowanego zarobków¹⁷. Wątpliwości budzi również wskazanie ceny podróży jako jedyne kryterium ustalenia wysokości odszkodowania¹⁸. Wydaje się, że sądy niemieckie wciąż poszukują w treści umów turystycznych „ceny” przyjemności wypoczynku. W istocie rzeczy, § 651f BGB powstał raczej jako wyjątek od § 253 ust. 1 BGB. Gdyby wola ustawodawcy realizowała się w traktowaniu „bezużytecznie spędzonego czasu” jako uszczerbku majątkowego, istnienie § 651f ust. 2 byłoby *superfluum* w stosunku do ogólnych przepisów prawa zobowiązań, kreujących roszczenie odszkodowawcze w zakresie straty rzeczywistej i utraconego zysku.

W obecnym stanie umowa turystyczna na gruncie ustawodawstwa niemieckiego jest traktowana wyjątkowo¹⁹. Implementacja dyrektywy 90/314 nastąpiła jeszcze w okresie, gdy ustawodawca niemiecki dostosowywał swoje prawo do wymogów unijnych przez nieznaczne modyfikacje obowiązujących już regulacji²⁰. Orzeczenie w sprawie Leitner stawia regulację BGB w zupełnie innym świetle, a jednocześnie pod znakiem zapytania fakt, czy dyrektywa 90/314 została implementowana w sposób prawidłowy. Brak właściwie, poza § 651f BGB i § 253 ust. 2 BGB, innych podstaw roszczeń odszkodowawczych, które mogłyby stanowić wyjątek od reguły § 253 ust. 1. Wciąż zatem aktualny jest rygorystyczny stosunek ustawodawcy nie-

¹⁵ L. Stecki: *Uregulowanie umowy o podróż w kodeksie cywilnym Republiki Federalnej Niemiec*, Nowe Prawo 1980, nr 11–12, s. 176–177.

¹⁶ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 74.

¹⁷ Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego (BGH) z 1983 r. (NJW 1983, 35). Wypada zapytać, co w sytuacji, gdy wierzycielem była osoba niepracująca i czy ze względu na relatywnie niskie zarobki zasługuje na niższe odszkodowanie. Wydaje się, że sądy niemieckie rzeczywiście nakazują „płacić za czas”, nie zaś za utraconą przyjemność. W takiej sytuacji próżno szukać realizacji kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia.

¹⁸ Tak orzekł m.in. Sąd Krajowy we Frankfurcie nad Menem (za: M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 75). Metoda taka okazuje się zawodna w wypadkach ofert promocyjnych, *last minute*, gdzie cena usługi jest faktycznie niższa od jej wartości, co nie powinno zwalniać organizatora z obowiązku dostarczenia wszystkich świadczeń na takim poziomie, do jakiego się zobowiązał.

¹⁹ Zob. *Report No 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, Appendix G, 1991 Wellington, New Zealand, s. 89. W sytuacjach gdy zasądzenie odszkodowania jest dopuszczalne, ma ono dwojaką funkcję: jako ekwiwalent doznanych strat (*Ausgleich*) i jako środek satysfakcjonujący (*Genugtuung*).

²⁰ Tak było również w przypadku dyrektywy 85/577 dotyczącej umów zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa. Zob. H. Schulte-Nölke: *EC Consumer Law Compendium — Comparative Analysis*, Version of 12 December 2006, s. 81.

mieckiego do problemu kontraktowej szkody niemajątkowej; ewentualne próby odejścia od ustanowionych w tym zakresie zasad wymagają sięgania do koncepcji komercjalizacji.

1.1.2. ODPOWIEDZIALNOŚĆ KONTRAKTOWA ZA SZKODĘ NIEMAJĄTKOWĄ W PRAWIE FRANCUSKIM

Można chyba śmiało powiedzieć, że w dyskutowanym zakresie odpowiedzialności za kontraktową szkodę niemajątkową system prawa francuskiego zajmuje miejsce na przeciwnym biegunie w stosunku do systemów germańskich. Podobnie również nie jest możliwe całkowite oddzielenie dopuszczalności zasądzenia odszkodowania na podstawie norm deliktowych od takiej możliwości wynikającej ze stosunku umownego²¹. Ostatnie lata obecności Francji w Unii Europejskiej potwierdziły, że w zakresie ochrony interesów jednostkowych (w szczególności — konsumenckich) ustawodawca krajowy wykazuje szczególną determinację i konsekwencję²².

Podstawą dochodzenia rekompensaty za uszczerbek niemajątkowy jest norma wywiedziona z przepisu systematycznie odnoszącego się do deliktów, konstruującego generalną klauzulę winy art. 1382 Code civil. Problematyka ochrony dóbr niemajątkowych tradycyjnie należy zatem do domeny prawa czynów niedozwolonych²³.

Podobnie jak w przypadku niemieckim, drogę do dopuszczalności zasądzenia odszkodowania za szkodę niemajątkową wytoczyła judykatura, choć niewątpliwie istniały po temu znacznie lepsze podstawy²⁴. Sformułowanie art. 1382 jest na tyle ogólne²⁵, że szeroka jego wykładnia okazała się doskonałym środkiem zaradczym wobec słabo rozbudowanego systemu prawnej ochrony interesów niemajątkowych²⁶. Stopniowo przyjęto jako zasadę dopuszczalność zasądzenia zadośćuczynienia²⁷ za szkodę niemajątkową; wreszcie, sądy francuskie przestały odróżniać poszczególne rodzaje uszczerbków²⁸. Wysokość zasądzanych w ten sposób sum jest niezwykle

²¹ Zob. *Report No 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, Appendix G, 1991 Wellington, New Zealand, s. 89.

²² Zachwycające, że niektóre zagadnienia i instytucje zasłużyły na uregulowanie ich w odrębnych kodeksach jak na przykład Code de la Consommation czy szczególnie interesujący z punktu widzenia aktualnych rozważań Code du tourisme z 24 lutego 2005 r.

²³ L. Mazeaud, J. Mazeaud: *Leçons de droit civil*, t. I, wyd. 5, Paris 1973, s. 387.

²⁴ Na ten temat obszerna analiza wczesnego orzecznictwa: Z. Radwański: *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową. Rozwój i funkcja społeczna*, Poznań 1956, s. 70.

²⁵ W istocie swojej zbliżone do treści rodzimego art. 415 k.c. i wyrażające zasadę, że każde zawinione wyrządzenie szkody zobowiązuje do jej naprawienia.

²⁶ W szczególności w zakresie ochrony dóbr osobistych — zob. A. Kubiak-Cyrul: *Dobra osobiste osób prawnych*, Zakamycze 2005, s. 102.

²⁷ Począwszy od cytowanego wcześniej orzeczenia Sądu Kasacyjnego — Sirey 1833.1.458.

²⁸ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 45–46.

zróznicowana — od *franc symbolique*²⁹ do kwot znacznych, w opinii licznych przedstawicieli doktryny, nadmiernych.

Okazuje się ostatecznie, że wbrew pewnym postanowieniom ustawy³⁰, ochrona zarówno kontraktowa, jak i deliktowa jest na gruncie prawa francuskiego identyczna co do intensywności i zasad odpowiedzialności. Doktryna wyróżnia wiele typów szkód o charakterze niemajątkowym, judykatura przyznaje zadośćuczynienia, przyjmując „ponadreżimowy” charakter normy art. 1382 (sądy francuskie uznają, że podstawą dochodzenia wszelkich roszczeń odszkodowawczych jest spełnienie przesłanek normy art. 1382 Code civil³¹, a więc na przykład zawinionego działania sprawcy, przy czym dla reżimu kontraktowego aktualne staje się domniemanie z art. 1147). Rozwiązanie takie jest bezpośrednim rezultatem faktu, że poszkodowany wierzyciel kontraktowy podlega w swoich uprawnieniach wobec sprawcy szkody jedynie normom kontraktowym³². System francuski jest pod względem istnienia zakazu konkurencji roszczeń deliktowych i kontraktowych systemem wyjątkowym. Zasada *non cumul* wyraża pierwszeństwo dochodzenia roszczeń ze stosunków umownych, reżim deliktowy przewidywany jest tylko dla tych poszkodowanych podmiotów, których nie łączyła ze sprawcą szkody więź obligacyjna³³. Od powyższej reguły istnieją nieliczne wyjątki³⁴.

Uzasadnieniem stosowania zasady *non cumul* jest twierdzenie, że nie ma sensu tworzenie specyficznych mechanizmów ochrony i odpowiedzialności dla poszczególnych reżimów, jeżeli uprawniony i tak może w każdej chwili „obrócić” roszczenie kontraktowe w deliktowe, swobodnie decydując o wyborze podstawy prawnej żądanej rekompensaty. Rozwiązanie francuskie jest coraz częściej jednak krytykowane, zwłaszcza z punktu widzenia wielostronnych umów międzynarodowych³⁵, poza tym wydaje się ono sprzeczne z ogólnoeuropejską tendencją łączenia reżimów odpowiedzialności deliktowej z kontraktową³⁶. Trudno jednoznacznie stwierdzić, które stanowisko bardziej odpowiada funkcjom reżimów odpowiedzial-

²⁹ W takiej sytuacji decyzja sądu nadaje „odszkodowaniu” charakter represyjny, bowiem ma ono za zadanie jedynie potępienie sprawcy szkody.

³⁰ Jak na przykład art. 1149 Code civil.

³¹ M. Cannarsa: *Compensation for Personal Injury in France*, <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2002/Cannarsa.pdf>.

³² M. Cannarsa: *Compensation...*: „La jurisprudence interdit au créancier d’une obligation contractuelle de choisir l’ordre de responsabilité sur lequel il veut fonder sa demande, dès lors qu’il y a inexécution fautive du contrat il doit engager une action en responsabilité contractuelle”; M. Espagnon: *Le non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles*, Paris 1980.

³³ *Principe de non cumul contractuel et délictuel*, [http://fr.jurispedia.org/index.php/Principe_de_non_cumul_contractuel_et_delictuel_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Principe_de_non_cumul_contractuel_et_delictuel_(fr)).

³⁴ Poszkodowany ma wybór podstawy dochodzenia rekompensaty, jeżeli szkoda jest rezultatem przestępstwa.

³⁵ P. Schlechtriem: *The Borderland of Tort and Contract — Opening a New Frontier?*, 21 Cornell International Law Journal 1988, s. 468: „However, as general solution, this theory seems to reach too far (...)”. Zob. także: U. Magnus: *Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Services. A Study Commissioned by the European Commission*, 2004, s. 9.

³⁶ Tamże.

ności odszkodowawczej. Wydaje się, że zachowanie pełnej ich odrębności jest uzasadnione wówczas, jeżeli zdarzenie wywołujące szkodę, które mogłoby być jednocześnie kwalifikowane jako delikt cywilnoprawny i niewykonanie zobowiązania, spotyka się z taką samą reakcją sądu w zakresie naprawienia doznanego uszczerbku.

Wracając jednak do *meritum*, według zastanego w orzecznictwie francuskim poglądu, deliktowy zakres odpowiedzialności przedmiotowej dotyczy również wypadków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Ostatecznie więc nie ma pod tym względem żadnej różnicy pomiędzy obydwooma reżimami odpowiedzialności³⁷.

Tak liberalne ujęcie, choć z pozoru kuszące, okazuje się w wielu sytuacjach nie łączyć wyzwanie, a jednocześnie narażone jest na surową krytykę za uleganie żądaniom wygórowanym lub urojonym³⁸. Jedynym czynnikiem limitującym, mającym istotne znaczenie, jest przesłanka adekwatnego związku przyczynowego³⁹. Sąd może bowiem uznać, że określona reakcja psychologiczna po stronie poszkodowanego nie była w typowych warunkach przewidywalna, stąd nie został spełniony wymóg istnienia adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Szerzej problem ten został omówiony w rozdziale 1.3 (TPP 1/2007).

Podsumowując, ustawodawstwo i osiągnięcia orzecznicze Francji w zakresie odpowiedzialności kontraktowej za szkodę niemajątkową, choć wyjątkowe, zyskały ostatecznie przewagę i stały się inspiracją dla międzynarodowych regulacji cywilnoprawnych o charakterze modelowym — zasad UNIDROIT i Zasad Europejskiego Prawa Umów⁴⁰. Głosy krytyczne nie są rzeczą jasną pozbawione pewnych racji, choć nie brakuje z pewnością równie wielu zagorzałych antagonistów restrykcyjnego podejścia do kwestii rekompensaty szkody niemajątkowej. Ostatecznie wydaje się, że słusznym krokiem byłoby poszukiwanie satysfakcjonującego kompromisu pomiędzy niewątpliwie skrajnymi rozwiązaniami systemów niemieckiego i francuskiego. Możliwość wywodzenia roszczeń na podstawie klauzul generalnych powoduje niekiedy, że decyzje, które powinien podjąć ustawodawca, podejmują sądy, stąd przesłanki przyznawania odszkodowań i kryteria ich wysokości muszą być w sposób niebudzący wątpliwości i wprost uregulowane w ustawie.

³⁷ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 46.

³⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Wersalu z 31 maja 1996 r. (D. 1997.J.229).

³⁹ *Report N° 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, Appendix G, 1991 Wellington, New Zealand, s. 88.

⁴⁰ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 23–24.

1.1.3. COMMON LAW

Wielka Brytania

Niewątpliwie największe zróżnicowanie w zakresie zasad dopuszczalności odszkodowań za uszczerbki typu niemajątkowego występuje na gruncie systemu *common law*. Owa różnorodność wynika zapewne z faktu, że w systemie precedensowym kształtowanie generalnych reguł jest procesem długotrwałym, narażonym na konieczność akceptowania wszelkiego rodzaju zmian pozanormatywnych, tym samym na pojawiającą się stale potrzebę tworzenia wyjątków od raz ustanowionych, wydawać by się mogło, w sposób kategoryczny, reguł.

Motywy wyjściowy omówienia podstaw majątkowej ochrony kontraktowych interesów niemajątkowych jest orzeczenie Izby Lordów w sprawie *Addis v. Gramophone Co Ltd*⁴¹. Stan faktyczny, który stał się tematem rozważań, dotyczył umowy o pracę, stąd nie wszystkie późniejsze orzeczenia korzystające z „zasady *Addis*” mogą stanowić materiał analizy problemu rekompensaty kontraktowej szkody niemajątkowej w ogólności⁴².

Jakkolwiek jednak warto zwięźle przypomnieć *meritum* problemu i treść zapadłego w sprawie orzeczenia. Powód był zatrudniony przez spółkę *Gramophone* na stanowisku kierowniczym jej oddziału w Kalkucie. Z tytułu pełnionej funkcji otrzymywał wynagrodzenie i prowizję od sumy zrealizowanych transakcji. Umowa o pracę została wadliwie rozwiązana bez zachowania sześciomiesięcznego terminu wypowiedzenia w październiku 1905 r. Sąd pierwszej instancji przyznał panu *Addis* odszkodowanie w wysokości równej utraconym sześciomiesięcznym zarobkom i spodziewanym przychodom z prowizji za okres wypowiedzenia. Sąd odwoławczy uchylił zapadły wyrok, jednak Izba Lordów przywróciła moc pierwotnie podjętej decyzji.

Głównym problemem, z jakim przyszło rozprawić się sędziom orzekającym, nie była jednak kwestia przyznania odszkodowania za utracone zarobki, a odpowiedź na pytanie, czy dopuszczalne jest żądanie rekompensaty doznanych nieprzyjemności oraz zdenerwowania związanych z wadliwym rozwiązaniem umowy — nagłą, nieuzasadnioną utratą pracy⁴³.

⁴¹ [1909] AC 488.

⁴² Zob. *Report No 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone*, 1991 Wellington, New Zealand, s. 13: „Employment contracts are different from other commercial contracts given their fundamental importance to the individual employee, continuing nature and hierarchical features”.

⁴³ *Report No 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, 1991 Wellington, New Zealand, s. 17. Zob. J. Beatson: *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press 2002, s. 592.

Izba Lordów odmówiła przyznania tego rodzaju odszkodowania. Zasadniczy argument opierał się na twierdzeniu, że uwzględnienie żądania byłoby zabiegiem penalizującym, odszkodowanie zaś w wypadkach naruszenia obowiązków wynikających ze stosunku obligacyjnego powinno spełniać jedynie funkcję kompensacyjną⁴⁴. Ostatecznie więc, system *common law* nie dopuszcza przyznania odszkodowania za uczucia zranione nierzetelnym działaniem kontrahenta⁴⁵.

Dalsza praktyka orzecznicza okazała niedoskonałości i niesprawiedliwość systemu opartego na tak skonstruowanej zasadzie⁴⁶. Same trudności z pieniężnym określeniem wymiaru szkody nie wpływają na fakt, że doznany uszczerbek ma charakter realny, stąd odszkodowanie winno realizować cele kompensacyjne na tyle, na ile pieniądze mogą taki efekt zapewnić⁴⁷. Dlatego też judykatura skutecznie szukała podstaw rozróżnienia pomiędzy aktualnie rozważanym problemem prawnym a przypadkiem *Addis*. Okazuje się, że racjonalizacja orzeczenia w sprawie *Addis* nie wynika wcale z problemu funkcji odszkodowania kontraktowego, a przede wszystkim bazuje na przesłance adekwatnej przyczynowości⁴⁸. Sądy angielskie orzekały, opierając się na takiej argumentacji w sprawach *Wilson v. United Counties Bank Ltd*⁴⁹ oraz *Herbert Clayton and Jack Waller Ltd v. Oliver*⁵⁰.

Analiza dorobku orzeczniczego pozwala na proste skatalogowanie wyjątków od zasady *Addis* jako sytuacji, w których:

- a) wierzyciel doznał majątkowego uszczerbku na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w konsekwencji utraconej renomy — zasądzenie odszkodowania może uwzględniać również uszczerbek niemajątkowy;
- b) dłużnik zagwarantował, że uszczerbek niemajątkowy nie wystąpi;
- c) szkoda niemajątkowa wynika bezpośrednio z fizycznej niewygody będącej skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania;
- d) szkoda niemajątkowa była rezultatem błędu w sztuce lekarskiej⁵¹.

⁴⁴ M. Chen–Wishart: *Contract Law*, Oxford University Press 2006, s. 530: „The general rule laid down in *Addis v. Gramophone Co Ltd* (1909) is that punitive or exemplary damages (to punish the contract breaker) cannot be awarded in purely contractual action”.

⁴⁵ R. Holmes: *Mental Distress Damages for Breach of Contract*, [http://www.vuw.ac.nz/law/documentation/PDFS%20AND%20ATTACHMENTS/VUWLR%20PDFS/35\(3\)/Holmes.pdf](http://www.vuw.ac.nz/law/documentation/PDFS%20AND%20ATTACHMENTS/VUWLR%20PDFS/35(3)/Holmes.pdf)

⁴⁶ Lord Stern w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Johnson v. Unisys Limited*: „The supposed rule in *Addis* has been controversial for a long time”, [2001] UKHL 13.

⁴⁷ R. Holmes: *Mental Distress*, *op. cit.*

⁴⁸ *Report No 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, 1991 Wellington, New Zealand, s. 18. Zob. także C. Schmitz: *Mental distress, yes, punitive damages, no*, <http://www.arwayfinlay.com/news/news-jul-14-2006.htm>. Inaczej na problem ten patrzy F. Dawson: *General Damages in Contract for Non-Pecuniary Loss*, 10 NZ Universities Law Review. Autor twierdzi, że zasada *Addis* jest jedynie odpowiedzią na pytanie o kompetencję sądu do przyznania *general damages* za szkodę niemajątkową w stosunku umownym, stąd omija w zasadzie problem przyczynowości.

⁴⁹ [1920] AC 102.

⁵⁰ [1930] AC 209.

⁵¹ F. Dawson: *General Damages...*, *op. cit.* Ostatni przykład jest jedynie odautorskim postulatem.

Inną egzemplifikację wyjątków wskazuje R. Holmes⁵²:

- a) poszkodowany może żądać rekompensaty za szkodę niemajątkową wynikłą z fizycznej niewygody⁵³ będącej skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania — *consequential non-pecuniary damage*;
- b) odszkodowanie jest dopuszczalne w sytuacji, gdy celem i motywem zawarcia umowy było osiągnięcie określonej korzyści w sferze osobistej⁵⁴ — *expectation non-pecuniary damage*.

Wyniki oceny konkretnego stanu faktycznego często nie pozwalają na prostą subsumpcję pod jeden z wyżej opisanych wyjątków. Generalny charakter przesłanek, jak choćby wymóg, by korzyść niemajątkowa była „głównym celem umowy”⁵⁵, sprawia, że sądy zasadniczo nie mają problemów z ich elastyczną wykładnią, dostosowaną do słusznościowych warunków określonej sytuacji faktycznej.

Od chwili wydania orzeczenia w sprawie Addis, wielokrotnie sądy brytyjskie podzielały stanowisko Izby Lordów⁵⁶, choć istnieje również znaczna grupa przykładów, w których zasada została przełamana⁵⁷. Do drugiej kategorii należy zaliczyć: *Wilson v. United Counties Bank*⁵⁸, *Aerial Advertising v. Batchelor Peas*⁵⁹, *Foaminol Laboratories v. British Artid Plastics*⁶⁰. Wśród przykładów „holiday cases”, których wyjątkowa funkcja została wykorzystana na potrzeby innych stosunków⁶¹, wymienić warto pierwsze orzeczenie: *Jarvis v. Swan Tours Ltd*⁶² i pochodne od niego: *Ruxley Electronics v. Forsyth*⁶³, *Farley v. Skinner*⁶⁴, *Johnson v. Gore Wood & Co*⁶⁵. Wśród innych, kwalifikowanych jako przypadki szkody niemajątkowej wynikłej z fizycznej niewygody: *Perry v. Sydney Phillips & Son*⁶⁶, *Calebar Properties v.*

⁵² R. Holmes: *Mental Distress...*, *op. cit.*

⁵³ Tak Izba Lordów w orzeczeniu *Hobbs v. London and South Western Railway Co*, [1875] LR 10 QB 111.

⁵⁴ Uwaga ta dotyczy w szczególności grupy tzw. *holiday cases*.

⁵⁵ Zob. przyp. 134.

⁵⁶ Na przykład w sprawach: *Groom v. Crocker*, [1939] 1 KB 194 (CA), oraz *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 WRL 457 (CA). W obydwu przypadkach problem dotyczył zaniedbań, jakich dopuścili się względem powodów ich pełnomocnicy procesowi. W drugiej z wymienionych spraw niepełniona została w ocenie sądów przesłanka adekwatnego związku przyczynowego.

⁵⁷ Zob. M. Chen-Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 539.

⁵⁸ [1920] AC 102.

⁵⁹ [1938] 2 All 788.

⁶⁰ [1941] 2 All ER 393. W tym przypadku szkoda niemajątkowa polegała przede wszystkim na utracie renomy.

⁶¹ Obecnie umowę turystyczną reguluje *Package Travel, Package Holidays and Package Tour Regulations* z 23 grudnia 1992 r. Przed implementacją prawa unijnego, brak było jakichkolwiek szczególnych unormowań stosunków tego rodzaju, choć brytyjskie ustawodawstwo prokonsumenckie ma generalnie dosyć długą tradycję. Prawo do żądania rekompensaty za zmarnowany urlop nie zostało wyrażone wprost, stąd podobnie jak w przypadku Polski, implementację „ratuje” dopiero proces wykładni. Ironizując, ustawodawca brytyjski, wbrew istniejącym już doświadczeniom orzecznictwom, dostosowywał swoje prawo do standardów Unii metodą „copy and paste”. Zob. H. Schulte-Nölke: *EC Consumer Law...*, *op. cit.*, s. 159 i n.

⁶² [1973] 1 QB 233.

⁶³ [1996] AC 344.

⁶⁴ [2001] 3 WLR 899. Zob. przyp. 191.

⁶⁵ [2001] 2 WLR 72.

⁶⁶ [1982] 1 WLR 1297.

Sticher⁶⁷, Watts v. Morrow⁶⁸. W zasadniczej większości wskazane orzeczenia dotyczyły umów o charakterze konsumenckim, gdzie utrata subiektywnej wartości świadczenia, nieznajdującej pokrycia w cenie, zasługiwała w opinii sądów na rekompensatę pieniężną. Okazuje się, że w przypadku stosunków tego typu, przynajmniej z pozoru, profesjonalny kontrahent „sprzedaje” przyjemność⁶⁹. Stąd bardzo blisko już do znanej prawu niemieckiemu koncepcji komercjalizacji umów turystycznych.

Wydaje się ostatecznie, że choć trudno mówić w takiej sytuacji o przyjemności jako przedmiocie świadczenia, to rzeczywiście w warunkach kontraktów skomercjalizowanych pieniężne oszacowanie wysokości poniesionej szkody niemajątkowej jest stosunkowo łatwe. Jednocześnie, odszkodowanie pieniężne staje się mechanizmem, który w sposób niemalże kompletny pozwala na zrekompensowanie doznanych przez konsumenta uszczerbków. Zrozumienie pewnych ograniczeń w zakresie dopuszczalności odszkodowań wynika z realizacji, uzasadnionych przykładem bardziej liberalnej pod tym względem Francji, postulatów:

- a) unikania przyznania odszkodowań w sytuacjach znikomej wagi bądź w sytuacjach, gdy szkoda w ogóle nie powstała, co wynika między innymi z jej specyfiki (*problems of proof and quantification*);
- b) ochrony przed zalewem żądań (*floodgates*);
- c) ochrony przed podejmowaniem decyzji nieracjonalnych z ekonomicznego punktu widzenia (*hardship and punishment of the defendant*);
- d) ochrony wyłącznie tych stosunków umownych, których motyw faktycznie na taką ochronę zasługują (*protection of the claimant's non-pecuniary motive for contracting*)⁷⁰.

Wieloaspektowe przełamanie surowości zasady Addis sprawia, że system *common law* jest obecnie oceniany jako najbardziej otwarty na kwestię odpowiedzialności kontraktowej za uszczerbek niemajątkowy⁷¹.

⁶⁷ [1984] 1 WLR 287.

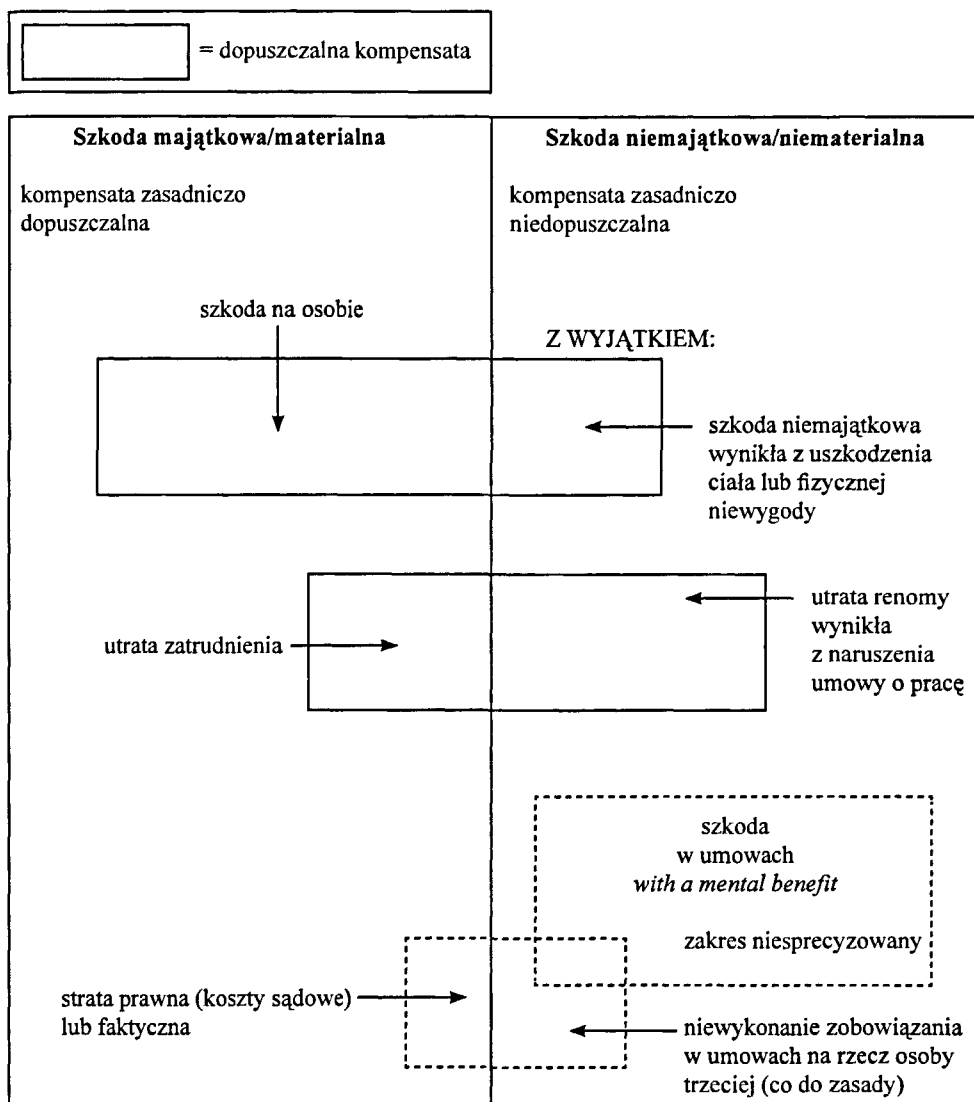
⁶⁸ [1991] 1 WLR 1421.

⁶⁹ P. Bowal: *Legal Remedies...*, *op. cit.*

⁷⁰ Wszystkie z wymienionych tzw. *policies* zaczerpnięte zostały z: M. Chen-Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 537–538.

⁷¹ Opinia Rzecznika Generalnego A. Tizzano do orzeczenia w sprawie Leitner, pkt 42.

Diagram 1: Zakres kompensaty za uszczerbki niemajątkowe w Wielkiej Brytanii⁷²



Stany Zjednoczone

System prawny Stanów Zjednoczonych znajduje się, rzecz jasna, poza grupą porządków podlegających procesowi „europeizacji” prawa, mimo że wspomniane

⁷² Na podstawie: M. Chen–Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 556.

wyżej, otwarte podejście do problemu odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy warte jest zaprezentowania⁷³; może również okazać się dosyć przydatne dla przyszłych rozważań na temat kształtu postulowanej regulacji w prawie polskim.

Wbrew przedstawionej wyżej ocenie, system amerykański nieco rozczerowuje i wydaje się bardziej nieprzejednany niż stanowisko judykatury brytyjskiej⁷⁴. Generalnie brak w nim zatem podstaw do konstruowania roszczenia kontraktowego o rekompensatę szkody niemajątkowej⁷⁵.

Odszkodowanie może być jednak zasądzone w sytuacji, gdy:

- a) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania doprowadziło do uszkodzenia ciała;
- b) skutkiem nierzetelnego zachowania dłużnika był poważny niepokój emocjonalny, który okazuje się szczególnie prawdopodobnym i przewidywalnym rezultatem naruszenia⁷⁶.

Jako przykłady stosunków podpadających pod wyżej wymienione wyjątki wymienić można: wadliwe dostarczenie wiadomości telegraficznych czy zaniedbania zakładu pogrzebowego polegające na nieumiejętnym obchodzeniu się ze zwłokami⁷⁷ bliskiej osoby. Sądy amerykańskie przyznają odszkodowania stronom wąskiej grupy umów, *personal contracts*, gdzie podobnie jak w przypadku opisywanych już *contracts with a mental benefit*, treść umowy w sposób ścisły wiąże się z pewnymi odczuciami o charakterze niematerialnym, których ewentualne naruszenie bądź utrata jest ekonomicznie niewymierna⁷⁸.

Odpowiedzialność kontraktowa za uszczerbek niemajątkowy staje się aktualna również w sytuacji, gdy niewykonanie zobowiązania czy wadliwe świadczenie stanowi jednocześnie delikt cywilnoprawny⁷⁹. Podobnie, na rekompensatę liczyć może poszkodowany na skutek wadliwie wykonanego zabiegu z zakresu chirurgii plastycznej⁸⁰.

⁷³ Zdaniem Rzecznika Tizzano system amerykański jest nawet bardziej otwarty w omawianym zakresie od systemu brytyjskiego. Pogląd ten wydaje się dyskusyjny, większość autorów nie podziela takiego zdania. Okazuje się, że w prawie amerykańskim wyjątki od zasady *Addis* są mniej liczne.

⁷⁴ *Report No 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, 1991 Wellington, New Zealand, Appendix F.

⁷⁵ Zob. *Restatement (Second) of Contracts*, § 353 (1981).

⁷⁶ P. Avallone: *The Award for Punitive and Emotional Distress Damages in Breach of Contract*, http://www.nesl.edu.intl/journal/vol8/avallone_v8n2.pdf

⁷⁷ Tak na przykład w sprawie *Lamm v. Shingleton*, 55 S.E. 2d 810, 812 (N.C. 1949). Zob. D.J. Whaley: *Paying for the Agony: the Recovery of Emotional Distress Damages in Contract Actions*, 26 Suffolk U.L.Rev. 1992, s. 936.

⁷⁸ Amy H. Kastely: *Compensation for Lost Aesthetic and Emotional Injoyment: a Reconsideration of Contract Damages for Nonpecuniary Loss*, 8 University of Hawaii Law Review, s. 14–15.

⁷⁹ *Chung v. Kaonobi*, 618 P. 2d 283, 289 (1980) i *Country Club Corp. v. McDaniel*, 310 So. 2d 436, 437 (1975): „Generally, punitive damages are not recoverable for breach of contract; but where the acts constituting a breach of contract also amount to a cause of action in tort, there may be recovery of exemplary damages upon proper allegations and proof intentional wrong, insult, abuse or gross negligence constituting an independent tort”.

⁸⁰ W sprawie *Sullivan v. O'Connor* (296 N.E. 2d 183) powódka domagała się i uzyskała odszkodowanie pieniężne za ból, cierpienie i przykrości związane z wadliwie przeprowadzoną operacją plastyczną nosa.

Nie są natomiast uwzględniane żądania odszkodowań za utraconą szczególną, subiektywną wartość emocjonalną⁸¹. Zasadniczym motywem restrykcyjnego stanowiska jest trudność w oszacowaniu wysokości takiej szkody; wydaje się jednakowoż, że łatwiej uzasadnić pogląd sądów amerykańskich dzięki zasadzie adekwatnej przyczynowości; prawo umów konstruowane jest na bazie reguł oczywistości, przewidywalności i obiektywizmu⁸².

Sama jednakże dopuszczalność odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy w pewnych przypadkach nie ignoruje wcale zasad rynku, przeciwnie — prawo do rekompensaty jest uzasadnione faktem, że do zawarcia całej kategorii umów dochodzi przede wszystkim pod wpływem motywów niemajątkowych, które powinny być respektowane⁸³.

Kanada

Kanadyjskie⁸⁴ „funkcjonalne” podejście do problemu odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w prawie umów zdaje się znacznie bardziej liberalne niż stanowiska pozostałych systemów anglosaskich⁸⁵. Ów funkcjonalizm ma polegać przede wszystkim na założeniu, że skoro odszkodowanie pieniężne nie cofnie biegu zdarzeń na tyle, by szkodę całkowicie „wymazać” ze świadomości poszkodowanego, to może przynajmniej pozwolić na zapewnienie źródeł satysfakcji, by zastąpić to, co zostało już raz bezpowrotnie utracone⁸⁶.

Śledząc linię orzecniczą sądów kanadyjskich, łatwo spostrzec ostatecznie, że narastająca przez wiele lat tendencja do rekompensowania szkód niemajątkowych powoli ustępuje miejsca rozstrzygnięciom bardziej zachowawczym⁸⁷.

Niemniej, pomijając przypadki z zakresu prawa pracy⁸⁸, pomimo oficjalnej akceptacji treści zasady *Addis*, żądania zasądzenia odszkodowań pieniężnych za uszczerbek moralny wynikły z naruszenia obowiązków umownych, spotykały się z dość liberalnym traktowaniem ze strony kanadyjskich sądów. Zasadniczo więc odszkodowanie takie przysługuje powodowi w sytuacji, gdy wystąpienie szkody było obiektywnie

⁸¹ Amy H. Kastely: *Compensation...*, *op. cit.*

⁸² J.P. Tomain: *Contract Compensation in Nonmarket Transactions*, 46 U.Pitt. L.Rev. 1985, s. 867.

⁸³ Tamże, s. 897–899.

⁸⁴ W Quebecu obowiązuje system ustawowy, sama możliwość zasądzenia odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy zdaje się ograniczona, podobnie jak we Francji, jedynie przesłanką adekwatnego związku przyczynowego (art. 1074 Quebec Civil Code).

⁸⁵ W doktrynie angielskiej stanowczo odrzucono koncepcję funkcjonalizmu na rzecz koncepcji rekompensaty szkody rzeczywiście poniesionej (*diminution of value*), niezależnie od tego, jak wysoka będzie przyznana poszkodowanemu suma. Zob. The Law Commission Report, *Damages for personal injury: non-pecuniary loss*, s. 5, <http://www.open.gov.uk.lawcomm/>.

⁸⁶ The Law Commission Report, *Damages...*, *op. cit.*, s. 5–6.

⁸⁷ Report N° 18 of Law Commission, *Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, 1991 Wellington, New Zealand, Appendix E.

⁸⁸ Gdzie zasądzenie odszkodowania pieniężnego za szkody moralne wynikłe z tzw. *wrongful dismissal* jest powszechnie dopuszczalne.

przewidywalne⁸⁹. Judykatura chętnie uznała zasadę Jarvis odnoszącą się do tzw. *holiday cases*, gdzie z uwagi na szczególnie charakter umowy turystycznej odszkodowanie za zmarnowany urlop w drodze wyjątku może być przyznane poszkodowanemu turyście, pomimo trudności z pieniężnym określeniem doznanego uszczerbku.

Obecnie ten typ szkody niemajątkowej jest szeroko pojmowany, jako każda sytuacja utraty przyjemności w umowach konsumenckich⁹⁰. Znane są zatem wypadki uznanych żądań rekompensaty nieprzyjemności związanych z wadliwie świadczoną usługą fotograficzną⁹¹ czy zepsutym weselem na skutek nienależytego wykonania świadczenia disc jockeya⁹². Ostatecznie bowiem we wszystkich tego rodzaju umowach świadczenie miało znaczenie szczególne, oderwane od kryteriów wartości ekonomicznej⁹³. Pozbawienie konsumenta możliwości rekompensaty wydaje się niesprawiedliwe, gdyż samo naprawienie szkody majątkowej wiąże się z brakiem reakcji wobec swego „cierpienia” psychicznego.

Oddalenie roszczeń z omawianego zakresu wiąże się najczęściej z niespełnioną przesłanką istnienia adekwatnego związku przyczynowego⁹⁴, nie jest więc wyłącznie rezultatem żadnej konserwatywnej polityki legislacyjnej czy orzeczniczej. W przeciwieństwie natomiast do systemu niemieckiego, sądy kanadyjskie zdają się akceptować fakt, że rekompensata pieniężna nie jest w pełni satysfakcjonującym mechanizmem radzenia sobie z problemem szkody niemajątkowej. Wobec braku innych możliwości — korzystają z niego zgodnie z funkcją samego pieniądza — jako środek nabywania dóbr może on służyć do zapewnienia substytutów tego, co zostało utracone na skutek nierzetelnego działania dłużnika.

1.2. PRAWO POLSKIE — NORMATYWNE UWARUNKOWANIA ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA SZKODĘ NIEMAJĄTKOWĄ W STOSUNKACH OBLIGACYJNYCH

Uporządkowanie rozważań w przedmiocie odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w prawie polskim, w tym odpowiedzialności kontraktowej, wymaga po pierwsze rekonstrukcji pewnych zasad na podstawie aktualnego materiału normatywnego, po drugie zaś, powielenia i rozwinięcia uwag dotyczących obowiązującej regulacji przytoczonych w rozdziale 1 (TPP 1/2007). Oczywiście, rozumowania ta-

⁸⁹ Zob. orzeczenie w sprawie *Newell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.*, (1976) 74 DLR (3d) 574.

⁹⁰ P. Bowal: *Legal remedies...*, *op. cit.*

⁹¹ *Wilson v. Sooter Studios Ltd.*, 1989 BC Court of Appeal.

⁹² *Dunn v. Disc Jockey Unlimited Co. Ltd.*, (1978), Ontario District Court.

⁹³ Określaną jako „wartość udogodnienia”, *consumer surplus*.

⁹⁴ C. Schmitz: *Mental distress, yes...*, *op. cit.* W uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Fidler v. Sun Life Assurance* czytamy: „This is to state neither more nor less than the rule in *Hadley v. Baxendale*”. Jednocześnie: „(...) analysis of the foreseeability of loss (or remoteness) shows how closely related the category of physical inconvenience is to that of contracts for enjoyment (...)”, M. Chen-Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 543.

kie zostają umieszczone w nieco innym kontekście, silniej i w sposób bezpośredni związanym z analizą elementów krajowego porządku prawnego.

Ustawodawca polski nie zdecydował się na otwartą regulację problemu rekompensaty szkody niemajątkowej, przeciwnie — zasadą jest niedopuszczalność przyznania takiego odszkodowania, wyjątkiem — uznanie prawa poszkodowanego do zadośćuczynienia. Normatywne zakotwiczenie wspomnianej wyżej reguły znajdujemy w treści art. 361 § 2 k.c., podstawą do konstruowania odstępstw są z kolei art. 445 i 448 k.c. Powściągliwość w zakresie możliwości dochodzenia rekompensaty za szkodę niemajątkową wynika przede wszystkim z dawniejszych tendencji legislacyjnych, jakie dominowały w europejskich porządkach prawnych. Poza tym, ustrój socjalistyczny umacniał dodatkowo twierdzenie, że branie pieniędzy w związku z naruszeniem intymnych i wzniosłych uczuć człowieka nie odpowiada socjalistycznej moralności⁹⁵.

1.2.1. ARTYKUŁ 361 § 2 KODEKSU CYWILNEGO

Artykuł 361 § 2 k.c. nie kreuje właściwie sam z siebie żadnego obowiązku po stronie dłużnika. Aktualizacja normy następuje dopiero w sytuacji, gdy dany podmiot ponosi cywilnoprawną odpowiedzialność za zaistniałą szkodę⁹⁶. W zależności od deliktowego czy też kontraktowego źródła powstałego uszczerbku, podstawą normatywną odpowiedzialności dłużnika może być bądź art. 415 k.c., bądź art. 471 k.c.

Ostatecznie można sprowadzić treść wymienionych przepisów do twierdzenia, że dłużnik odpowiada za wszelkie negatywne konsekwencje wynikłe z jego działania lub zaniechania, niezgodnego z obowiązującymi w danej sytuacji kryteriami staranności⁹⁷. W przypadku dominującej liczby stosunków prawnych dłużnik odpowiada za zawinione skutki własnego zachowania, przy czym wina nie ma na gruncie prawa cywilnego znaczenia jednolitego, nie jest również pojęciem ostrym⁹⁸.

Normy, z których wynika roszczenie odszkodowawcze, milczą na temat zakresu odpowiedzialności za szkodę. Zasadniczą dla odpowiedzialności cywilnej jest jej funkcja kompensacyjna⁹⁹. Wysokość odszkodowania nie może zatem przekraczać wartości szkody rzeczywiście poniesionej, powinna jednocześnie zapewniać pełne pokrycie poszkodowanemu doznanego przez niego uszczerbku, niezależnie od tego, czy

⁹⁵ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 140.

⁹⁶ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, wyd. 3, Poznań 1948, s. 239.

⁹⁷ W pewnych sytuacjach (w przypadku odpowiedzialności na zasadzie ryzyka) dłużnik może być pozbawiony w ogóle wpływu na przebieg zdarzeń powodujących szkodę, bądź wpływ jego na ów przebieg jest bardzo ograniczony. Każda z zasad odpowiedzialności (winy, ryzyka, słuszności) wyjaśnia podstawę odpowiedzialności w inny sposób, uzasadnia rację i sens społeczny obowiązku odszkodowawczego. Zob. W. Czachórski: *Zasady i funkcje odpowiedzialności cywilnej według kodeksu cywilnego — ich ewolucja (w:) Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa-Poznań 1979.

⁹⁸ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, op. cit., s. 245; Z. Radwański: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 181.

⁹⁹ W. Czachórski: *Zasady i funkcje...*, op. cit., s. 48.

ma on charakter majątkowy czy też niemajątkowy¹⁰⁰. Reguła ta, wyprowadzona z treści art. 471 i 415 k.c. doznaje daleko idącego ograniczenia w postaci § 2 art. 361 k.c.: „(...) w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”. Pomijając wszelkie możliwe wywoły na temat językowego zakresu pojęcia straty i utraconej korzyści, tak sformułowany przepis tradycyjnie odnoszony jest do szkód jedynie majątkowych (uszczerbków w mieniu)¹⁰¹. Strata ma polegać na uszczupleniu aktywów lub przybyciu pasywów w majątku poszkodowanego; utrata korzyści sprowadza się generalnie do braku spodziewanego wzrostu aktywów lub spodziewanego zmniejszenia pasywów¹⁰².

Oczywiście, wypada w tym miejscu zadać pytanie: czy wobec takiego kształtu regulacji problemu odpowiedzialności polski kodeks cywilny faktycznie realizuje w pełni funkcję kompensacyjną odszkodowania? Wydaje się, że jest to kwestia co najmniej problematyczna, próba jej satysfakcjonującego rozstrzygnięcia wykracza natomiast poza tematyczne ramy niniejszej pracy.

W zakresie odpowiedzialności kontraktowej przysądzone odszkodowanie nie uwzględnia zatem uszczerbków innych niż majątkowe pozostające w adekwatnym związku przyczynowym z zachowaniem dłużnika nieodpowiadającym (co do zasady) kryteriom należytej staranności¹⁰³. Wydaje się, że wbrew stawianym nieśmiało przez niektórych przedstawicieli doktryny propozycjom¹⁰⁴, nie jest możliwa szeroka interpretacja art. 415 i 471 k.c., w zupełnym oderwaniu od § 2 art. 361 k.c.

1.2.2. PODSTAWY ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA KONTRAKTOWY USZCZERBEK NIEMAJĄTKOWY

Przyznanie odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy, wynikający z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, będzie dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy:

- a) strony stosunku obligacyjnego tak postanowią;
- b) przepis szczególny ustawy inaczej (szerzej) określa przedmiotowe granice odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika.

Pierwsza sytuacja nie wymaga wielu wyjaśnień. Strony umowy mogą dowolnie sformułować jej treść i określić cel w ramach właściwości stosunku, przepisów

¹⁰⁰ Zob. J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2005, z. 2, s. 329.

¹⁰¹ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, *op. cit.*, s. 289.

¹⁰² G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, wyd. 5, Warszawa 2003, s. 70–71.

¹⁰³ G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 518 i n.

¹⁰⁴ J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 331. Pominięcie art. 361 k.c. przy szacowaniu wysokości należnego odszkodowania naruszałoby podstawowe zasady wykładni systemowej.

imperatywnych ustawy i zasad współżycia społecznego¹⁰⁵. Brak w zasadzie innych, bardziej konkretnych postanowień, które ograniczałyby w tym zakresie wolę stron (na przykład na wzór art. 473 § 2 k.c.). Teoretycznie dłużnik może na podstawie umowy odpowiadać za każdego rodzaju uszczerbek, przy czym postanowienia nadmiernie obciążające stronę na przykład słabszą gospodarczo podlegają, rzecz jasna, kontroli z punktu widzenia zasad współżycia społecznego.

Wydaje się jednak, że w sytuacji nierównowagi, silniejszy kontahent, profesjonalista, będzie w niewielkim stopniu zainteresowany dochodzeniem od konsumenta rekompensaty szkody niemajątkowej, choćby ze względu na ograniczoną podmiotową zdolność do bycia poszkodowanym w niemajątkowym sensie¹⁰⁶.

Istnieje ponadto możliwość kompensowania szkód niemajątkowych w sytuacji zastrzeżenia przez strony kary umownej. Zgodnie z zasadą prawną, wygłoszoną przez Sąd Najwyższy, kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania również wówczas, gdy nie doszło po jego stronie do powstania szkody. Tym bardziej, rzecz można, kara taka przysługuje w sytuacji, gdy co prawda wierzyciel nie ucierpiał w sensie majątkowym, jednak poniósł uszczerbek niemajątkowy. W ramach istniejącej swobody kształtowania treści stosunku prawnego między jego podmiotami, faktycznie takie zastrzeżenie umowne dopuszczalne jest w zasadzie zawsze¹⁰⁷.

Jednakowoż całkiem rozsądny wydaje się argument, że, podobnie zresztą jak w przypadku umownego rozszerzenia przedmiotowego zakresu odpowiedzialności dłużnika, w umowach zawieranych z konsumentami (te mają często charakter adhezyjny) strona słabsza ekonomicznie ma niewielką szansę na wynegocjowanie klauzuli o karze umownej¹⁰⁸. Zastrzeżenie kary umownej jest zjawiskiem częstszym w stosunkach obustronnie profesjonalnych, gdzie, jak wcześniej wykazywano, częstotliwość i znaczenie uszczerbków niemajątkowych są z kolei znacznie mniejsze. Dlatego też perspektywa uzyskania rekompensaty tego rodzaju szkody poprzez zaspokojenie się z kary umownej będzie należała raczej do rzadkości.

W drugim przypadku podstawą roszczenia o odszkodowanie pieniężne za doznany uszczerbek niemajątkowy jest przepis szczególny ustawy. Katalog norm tego rodzaju jest w polskim prawie cywilnym niezbyt obszerny, choć ich konstrukcja dopuszcza olbrzymią różnorodność sytuacji, w których ustawodawca uwzględnił prawo poszkodowanego do pełnej rekompensaty i wiąże się ono co do zasady z przypadkami popełnienia czynu niedozwolonego.

Wzajemny stosunek reżimów odpowiedzialności: kontraktowego i deliktowego, reguluje treść art. 443 k.c. Przepis dopuszcza w zasadzie umowy wyłączające odpowiedzialność deliktową na rzecz odpowiedzialności określonej w czynności

¹⁰⁵ Art. 353¹ k.c.

¹⁰⁶ Zob. rozdział 2.4 (TPP 1/2007).

¹⁰⁷ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 75.

¹⁰⁸ Tak M. Ciemński: *Naprawienie uszczerbku...*, op. cit., s. 384.

prawnej¹⁰⁹. Wobec zbiegu roszczeń i niemożliwości określenia prymatu jednego z reżimów następuje ich konkurencja¹¹⁰, stąd poszkodowany ma wybór podstawy prawnej dochodzenia naprawienia szkody, podporządkowanej pozostałym przepisom danego reżimu odpowiedzialności¹¹¹. Dlatego też wierzyciel kontraktowy może dochodzić zadośćuczynienia za krzywdę wówczas, gdy postępowanie dłużnika ma charakter deliktu cywilnego, tzn. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania narusza nakaz lub zakaz zobowiązujący go niezależnie od istniejącego pomiędzy stronami stosunku prawnego¹¹².

Wobec powyższego, zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest dopuszczalne wówczas, gdy zachowanie dłużnika polegało na naruszeniu powszechnego nakazu bądź zakazu lub zasad współżycia społecznego¹¹³ oraz:

- a) skutkowało naruszeniem dobra osobistego poszkodowanego — art. 448 k.c.¹¹⁴;
- b) skutkowało uszkodzeniem ciała lub wywołaniem rozstroju zdrowia — art. 445 § 1 k.c. w zw. z art. 444 k.c.;
- c) skutkowało pozbawieniem wolności lub polegało na skłonieniu za pomocą podstępny, gwałtu lub nadużycia stosunku zależności do poddania się czynowi nierządnyemu — art. 445 § 2 k.c.;
- d) niezależnie od spełnienia przesłanki bezprawności powszechnej — gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania spowodowało powstanie szkody niemajątkowej w stosunku umowy o imprezę turystyczną.

Źródłem roszczeń z trzech pierwszych podstaw są normy kodeksu cywilnego¹¹⁵.

O ile można sobie dosyć łatwo wyobrazić sytuacje wymienione w pkt a) i b), wydaje się, że do rzadkości będą należały przypadki odpowiadające treści art. 445 § 2 k.c. Jak już wcześniej podnoszono, odpowiedzialność za szkodę niemajątkową podlega tu zawsze reżimowi deliktowemu, w szczególności dyspozycji art. 415 k.c. Trudno zatem mówić w ogóle o jakiegokolwiek odpowiedzialności kontraktowej za tego rodzaju uszczerbek w prawie polskim¹¹⁶, z wyjątkiem problematycznej ustawy o usługach turystycznych. Poszkodowany wierzyciel będzie ostatecznie ponosił wszelkie materialnoprawne i procesowe konsekwencje dochodzenia zadośćuczynienia

¹⁰⁹ Artykuł 443 k.c. stanowi o swobodzie wyboru reżimu odpowiedzialności, „(...) chyba że z treści istniejącego uprzednio zobowiązania wynika co innego”.

¹¹⁰ *Ansprachkonkurrenz*.

¹¹¹ G. Bieniek, H. Cieplą, S. Dmowski: *Komentarz...*, op. cit., s. 414. Zob. również Z. Radwański: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 342.

¹¹² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 kwietnia 1964 r., II CR 540/63, OSNCP 1965, nr 2, poz. 32.

¹¹³ Słowem: spełniało wymogi bezprawności powszechnej, o której mowa w art. 415 k.c.

¹¹⁴ Regulacja ta ma stosunkowo krótki rodowód; zob. ustawę nowelizującą kodeks cywilny z dnia 23 sierpnia 1996 r. (Dz.U. Nr 114, poz. 542).

¹¹⁵ Obecnie toczy się żywa dyskusja o poszerzenie katalogu kodeksowego sytuacji, w których dopuszczalne jest zasądzenie zadośćuczynienia na wypadek śmierci osoby bliskiej. Zob. szerzej: M. Domagalski, *Będzie zadośćuczynienie za śmierć bliskiej osoby*, Rzeczpospolita, 19 grudnia 2006 r.

¹¹⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1966 r., II PR 102/66 (niepublikowany).

nienia pieniężnego za szkodę niemajątkową na podstawie norm o czynach niedozwolonych, z koniecznością dowiedzenia winy na czele¹¹⁷.

Sąd przyznaje więc zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę:

- a) **jedynie w przypadkach określonych ustawowo;**
- b) **jedynie w ramach odpowiedzialności deliktowej** — zbieg podstaw odpowiedzialności ma charakter przypadkowy, stąd uprawnienia wierzyciela wynikające ze stosunku obligacyjnego nie są co do zasady chronione roszczeniami z art. 445 i 448 k.c.¹¹⁸;
- c) **fakultatywnie** — w obiektywnie uzasadnionych wypadkach, z uwzględnieniem zasady adekwatności; na marginesie warto dodać, że fakultatywność zadośćuczynienia była przedmiotem licznych dyskusji w toku prac sejmowych nad brzmieniem art. 448 k.c., całkiem niedawno także tematem rozważań Trybunału Konstytucyjnego; ten ostatecznie stwierdził, że wobec brzmienia art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, treść art. 448 k.c. nie wykazuje niezgodności¹¹⁹; Trybunał skłaniał się jednak do przyjęcia, że zasada demokratycznego państwa prawnego wymaga, by mimo fakultatywności, sąd przyznał zadośćuczynienie zawsze wtedy, gdy żądający wykaże powstanie szkody niemajątkowej, a nie jest możliwe naprawienie jej za pomocą niemajątkowych środków ochrony¹²⁰; stąd problematyczne przepisy nie zawierają jedynie norm kompetencyjnych;
- d) **doznaną przez każdy podmiot prawa** — niezależnie zatem od tego, czy rekompensaty dochodzi osoba fizyczna czy osoba prawna; z oczywistych względów natury faktycznej wykluczona jest możliwość dochodzenia zadośćuczynienia przez osobą prawną na podstawie art. 445 k.c.¹²¹

Oczywiście, istnienie zbiegu odpowiedzialności deliktowej z kontraktową ułatwia uzyskanie pełnej rekompensaty doznanej szkody. Rozwiązanie takie okazuje się jednak ostatecznie niedoskonałe z uwagi na fakt, że uwzględnia zaledwie pewne typy uszczerbków niemajątkowych, których częstotliwość występowania jest faktycznie inna na gruncie czynów niedozwolonych w stosunku do reżimu kontraktowego¹²². Jednocześnie, wspomniana wyżej przypadkowość zbiegu sprawia, że w sytuacji jego braku, doznane szkody niemajątkowe są traktowane tak, jakby w ogóle nie wystąpiły.

¹¹⁷ Ostatnio wyrażone przez Sąd Najwyższy zapatrywania zdają się jednak przeczyć rozłączności reżimów odpowiedzialności i świadczą o stopniowym zacieraniu istniejących między nimi granic normatywnych. Zob. szerzej na ten temat rozdział 1.3.

¹¹⁸ Brak w obecnym stanie prawnym odpowiednika nieobowiązującego już art. 242 k.z.

¹¹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2005 r., T SK 49/03, OTK-A 2005, nr 2, poz. 13. Uzasadnienie wyroku jest jednak niekonsekwentne, Trybunał wykazuje zgodność art. 448 k.c. z Konstytucją poprzez odwołanie do wyjątkowego charakteru zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową na podstawie art. 361 § 2 k.c. Treść art. 77 Konstytucji ma być zatem determinowana między innymi treścią przepisu ustawowego, co wydaje się pozostawać w elementarnej sprzeczności z hierarchizacją źródeł prawa powszechnie obowiązującego.

¹²⁰ Z analizy wcześniejszego orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika jednak, że przesłanką odmowy zasądzenia zadośćuczynienia może być znikomość doznanej krzywdy (tak: wyrok SN z dnia 23 stycznia 1974 r., OSPiKA 1975, poz. 171). Zob. A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 82.

¹²¹ Z. Radwański: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 234.

¹²² Zob. M. Safjan: *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* (w:) *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Zakamycze 2004, s. 270.

Wbrew wyrażanym opiniom, nie jest w ogóle potrzebna dyskusja, czy art. 445 i 448 k.c. mogą znaleźć zastosowanie do reżimu kontraktowego¹²³, ostatecznie bowiem, poza zagadnieniem ciężaru dowiedzenia winy, dochodzenie zadośćuczynienia na podstawie przepisów deliktowych daje poszkodowanemu podobne szanse uzyskania rekompensaty, co reżim kontraktowy¹²⁴. Prawdziwy problem z realizacją zasady pełnej rekompensaty pojawia się dopiero wówczas, gdy doznana szkoda nie odpowiada hipotezom norm deliktowych kreujących obowiązek zapłaty zadośćuczynienia, generalnie rzecz ujmując — nie doszło do naruszenia dobra osobistego. Wyrażone w tym zakresie opinie i propozycje wykładni oraz ich ocena przedstawione zostały jednakże dopiero w kolejnym rozdziale.

1.2.3. USTAWA O USŁUGACH TURYSTYCZNYCH

Konstrukcja roszczeń wynikających z art. 11a i 11b ustawy o usługach turystycznych została szczegółowo omówiona w rozdziale 1 (TPP 1/2007). Zasady i zakres odpowiedzialności organizatora turystyki mają w tym wypadku charakter wyjątkowy i niezależny (poza wypadkiem zbiegu) od przepisów dotyczących odpowiedzialności deliktowej.

Przede wszystkim dopuszczalność zasądzenia odszkodowania nie leży w gestii sądu, a ma ono charakter obligatoryjny. Zadaniem sędziego nie jest zatem ocena, czy określony uszczerbek niemajątkowy zasługuje na rekompensatę w formie zadośćuczynienia, a jedynie ustalenie, czy w ogóle doszło do powstania szkody niemajątkowej. Pozytywna odpowiedź determinuje przyznanie odszkodowania. Również szacunek wysokości rekompensaty nie pozostaje kwestią dowolną. Nie jest również do końca oczywiste, jakimi kryteriami miałby kierować się sąd, szacując wysokość odszkodowania. Biorąc pod uwagę charakter doznanego uszczerbku, kierowanie się kryteriami wyłącznie obiektywnymi może prowadzić do nieprawidłowych rezultatów, w doktrynie anglosaskiej określanych jako zjawisko *undercompensation*. Brak w orzecznictwie i doktrynie bliższych wskazówek na ten temat, częściowo nieaktualne okazują się osiągnięcia judykatury w zakresie stosowania art. 448 k.c.¹²⁵

¹²³ Por. M. Ciemiński: *Naprawienie...*, *op. cit.*, s. 388.

¹²⁴ Na przykład możliwość ekskulacji za działanie lub zaniechanie podwykonawcy jest uregulowana podobnie w art. 429 i art. 474 k.c. W obydwu reżimach przesłanką odpowiedzialności jest powstanie szkody, adekwatny związek przyczynowy pomiędzy nieprawidłowością zachowania sprawcy a powstaniem uszczerbku i (co do zasady) zawinienie bezpośredniego wykonawcy (niedochowanie należytej staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju może być traktowane zarówno jako „wina kontraktowa”, jak i „wina deliktowa”, „niedołóżenie wymaganej staranności” jest niedbalstwem; zob. Z. Radwański: *Zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 183). Na temat kontraktorsji związanych z pojęciem winy zob. rozdział 2.1.2.

¹²⁵ Choć w znacznej mierze okazują się niezwykle przydatne i mogą być bezpośrednio przełożone na sytuacje kontraktowe.

Wydaje się, że punktem wyjścia będzie w tym zakresie funkcja kompensacyjna odszkodowania. Dalej zatem rozstrzygnięcie wymaga zbadania wszystkich okoliczności istotnych dla sprawy, treści i celu umowy, rozmiaru doznanego uszczerbku, ujawnionych następstw niewykonania zobowiązania, możliwości przyczynienia się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody.

Po drugie, z uwagi na treść orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner, do odpowiedzialności organizatora turystyki nie znajdują również zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o zobowiązaniach umownych:

- a) zastąpione w drodze wykładni systemowej normami szczególnymi ustawy o usługach turystycznych — art. 11 ustawy stanowi, że: „**W zakresie nieuregulowanym ustawą do umów z klientami zawieranych przez organizatorów turystyki i pośredników turystycznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego oraz inne przepisy dotyczące ochrony konsumenta**”; na tej podstawie zastosowania nie znajdują na przykład art. 471 k.c., art. 472 k.c., art. 473 k.c.;
- b) wyłączone na zasadzie szczególności, w związku z „proeuropejską” wykładnią norm art. 11a i 11b ustawy; takim przepisem będzie art. 361 § 2 k.c.; należy zatem traktować regulację obowiązku odszkodowawczego dłużnika jako zakresowo szerszą i szczególną w stosunku do uregulowań kodeksowych; taka wykładnia realizuje zasadę efektywności i umożliwia uniknięcie odpowiedzialności państwa za wadliwą implementację dyrektywy¹²⁶.

Z jednej strony ustawę o usługach turystycznych cechuje, w sposób niezamierzony, większy liberalizm na rzecz konsumenta niż przepisy o bezwzględnej ochronie dóbr niemajątkowych, jakimi są dobra osobiste (gdzie zadośćuczynienie ma charakter fakultatywny); z drugiej zaś, regulacja ustawowa okazuje się podmiotowo węższa nie tylko od norm reżimu deliktowego (co ostatecznie nie dziwi), ale również od samej dyrektywy¹²⁷. Ostatnia kwestia powinna rodzić uzasadnione wątpliwości i pytanie o poprawność implementacji.

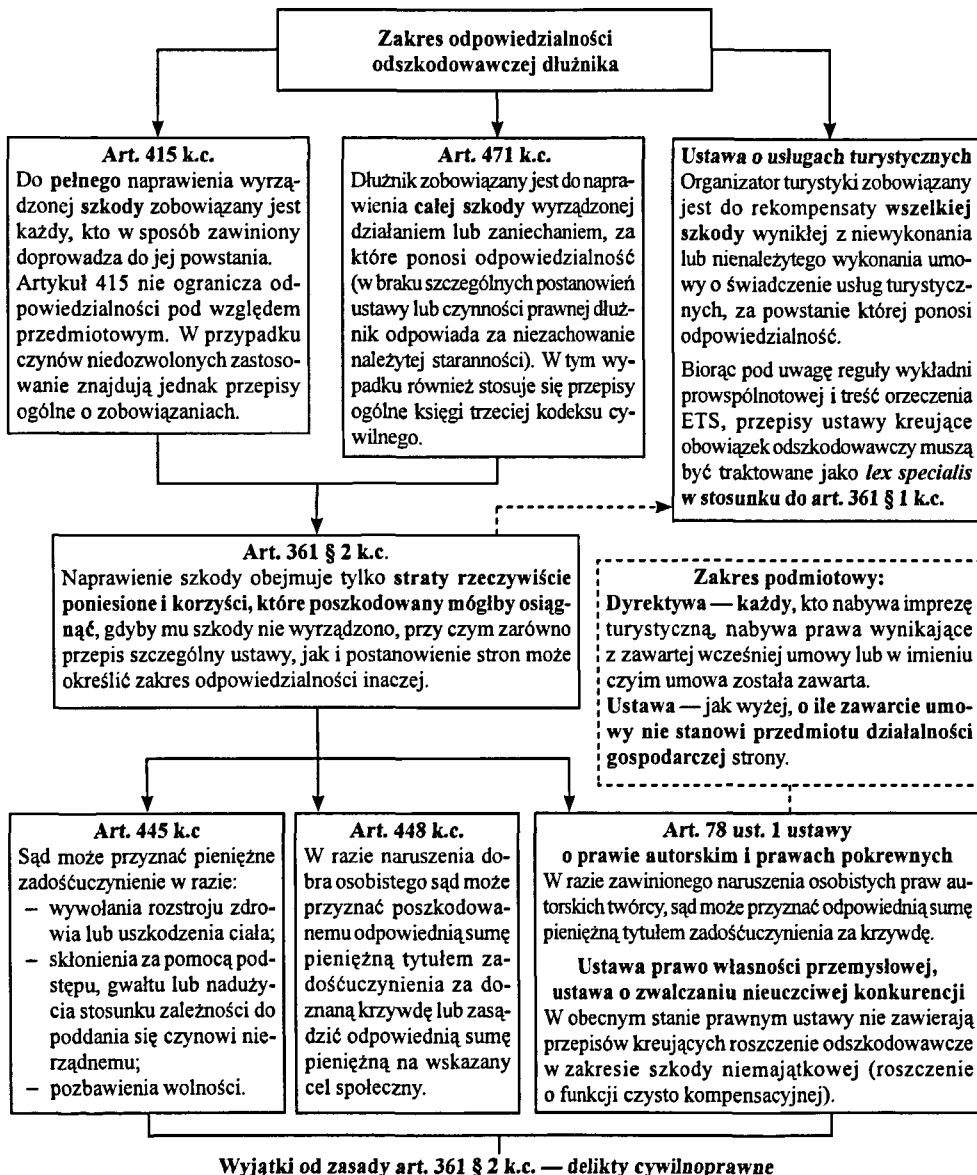
Judykatura krajowa wyraźnie nie radzi sobie ze stosowaniem ustawy o usługach turystycznych. Możliwość zasądzenia odszkodowania za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności kontraktowej wydaje się rozwiązaniem tak egzotycz-

¹²⁶ Odpowiedzialność odszkodowawcza państw za brak implementacji lub implementację wadliwą wypełnia lukę wynikającą z braku bezpośredniej skuteczności norm dyrektyw. W układzie horyzontalnym (w stosunkach równorzędnych, pomiędzy obywatelami) z założenia dyrektywa nie może być stosowana bezpośrednio. Tak byłoby również w przypadku odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy, gdyby uznać, że nie jest możliwe osiągnięcie celów dyrektywy poprzez zabiegi interpretacyjne. Zob. B. Kurcz: *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej...*, op. cit., s. 223. Dodajmy, że w taki sam sposób normę implementowała zdecydowana większość państw członkowskich, stąd nie możemy chyba mówić o implementacji wadliwej, choć niewątpliwie potrzebna byłaby w tym zakresie pewna korekta i wskazanie wprost na możliwość uzyskania rekompensaty za „zmarnowane wakacje”.

¹²⁷ Chodzi o zakres definicji konsumenta. Zob. diagram 1 i 3 (TPP 1/2007). Podnosi się jednak, całkiem zasadnie, że szeroka definicja konsumenta na gruncie dyrektywy 90/314 jest pozbawiona koherencji z podobnymi definicjami zawartymi we wszystkich pozostałych dyrektywach konsumenckich. Tam pojęcie konsumenta jest ograniczone do osób fizycznych kontraktujących poza zakresem ich działalności gospodarczej lub zawodowej. Zob. H. Schulte-Nölke: *EC Consumer Law...*, op. cit., s. 203 oraz 670 i n.

nym, że sądy niepotrzebnie podpierają się konstrukcją dóbr osobistych, prowadząc tym samym do nieuzasadnionej absolutyzacji roszczeń wynikłych z naruszenia interesów, które dobrami osobistymi z pewnością nie są¹²⁸.

Diagram 2. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie prawa polskiego



¹²⁸ Problem ten szczegółowo omówiony został w kolejnym rozdziale.

1.3. ORZECZNICTWO — PROBLEMATYCZNE ŻĄDANIA W PRAKTYCE SĄDÓW POLSKICH

Zgodnie z ustaloną praktyką orzecniczą, wobec aktualnego stanu regulacji w prawie polskim nie jest dopuszczalne zasądzenie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową na podstawie norm kontraktowych. Tak kategoryczne ujęcie problemu znajdujemy w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 listopada 1967 r.¹²⁹:

„Żądanie odszkodowania za utracony wypoczynek **nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawnych**”;

z dnia 13 października 1987 r.¹³⁰:

„Roszczenie o zadośćuczynienie przysługuje **jedynie osobie**, przeciwko której było skierowane zdarzenie określone jako **czyn niedozwolony**”;

oraz z dnia 25 lutego 1986 r.¹³¹:

„Powodowie zgłosili roszczenie o zapłatę zadośćuczynienia, którego **nie można skutecznie dochodzić na podstawie umowy**. Kodeks cywilny bowiem nie zawiera odpowiednika art. 242 k.z., który przy określaniu odszkodowania z umowy dopuszczał odpowiednie zastosowanie przepisów o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. (...) **chyba że** w umowie zawarto zastrzeżenie, iż biuro podróży pokrywa także szkodę wynikłą z uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia bez względu na to, czy chodzi o szkodę majątkową czy szkodę niemajątkową”.

Problem samego roszczenia o zadośćuczynienie miał w ostatniej sprawie charakter uboczny, zasadnicza część rozważań dotyczyła bowiem kwestii odpowiedzialności dłużnika kontraktowego za działania lub zaniechania osób, za pomocą których wykonuje swoje zobowiązanie (art. 474 k.c.). Niemniej, uzasadnienie orzeczenia na wiele lat ugruntowało stanowisko judykatury polskiej, tym samym powszechnie uznano, że zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę może dotyczyć jedynie przypadków odpowiedzialności deliktowej. W opinii sądu, rezultaty wykładni systemowej i historycznej nie pozwalają na inne rozstrzygnięcie, choć uzasadnienie wyraźnie wykazuje jednocześnie dyspozytywny charakter normy art. 361 § 2 k.c.

Dalsza praktyka, rzecz jasna, zweryfikowała stanowczość wyżej wymienionej konkluzji. Sądy radziły sobie z rodzącymi się dylematami natury słusznościowej na przykład za pomocą konstrukcji roszczenia „mieszanego” (kontraktowo–deliktowego)¹³². Przyjmowano zatem częściowe stosowanie zarówno reżimu kontraktowego,

¹²⁹ X C 2687/67.

¹³⁰ IV CR 266/87, OSNC 1989, nr 9, poz. 142; glosa aprobująca: R. Kacprzyk, OSP 1989, z. 7–12, s. 1146; glosa krytyczna: L. Stecki: Nowe Prawo 1990, nr 4–6, s. 225.

¹³¹ III CZP 2/86, OSNC 1987, nr 1, poz. 10. Orzeczenie dotyczyło roszczeń wynikłych z nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o świadczenie usług turystycznych.

¹³² Zob. M. Nesterowicz: *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa*, Państwo i Prawo 1999, z. 1, s. 17 i n.

jak i deliktowego (w jednym z takich przypadków¹³³, przyjmując jako podstawę odpowiedzialności art. 471 k.c., sąd wynagrodził doznane szkody na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych). Ostatecznie, choć nie zawsze konsekwentnie, Sąd Najwyższy trzymał się koncepcji „czystości” poszczególnych roszczeń w ramach podporządkowanych im reżimów odpowiedzialności i takiemu stanowisku, pomimo niewątpliwiej praktyczności roszczeń „mieszanych”¹³⁴, należy ostatecznie przyznać rację.

Najnowsze orzeczenia zdają się powielać wątpliwości co do tego, czy kategoryczne negowanie prawa do rekompensaty szkody niemajątkowej wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest rzeczywiście operacją słuszną. Okazuje się jednocześnie, że mamy niekiedy do czynienia z prymatem funkcji umowy nad niebudzącymi wątpliwości efektami zabiegów interpretacyjnych, ustawodawca krajowy zaś zdaje się nie nadążać za przemianami, do jakich doszło na przestrzeni ostatnich lat w zakresie komercjalizacji sektora usług, wymienimy tu chociażby usługi medyczne i turystyczne. Co do tych pierwszych, wypada podzielić pogląd, że usługi „ponadpodstawowe” świadczone przez lekarzy przestają być zadaniem władzy publicznej, a stają się przedmiotem umowy między pacjentem a lekarzem¹³⁵. Równocześnie, deliktowe możliwości odszkodowawcze, w szczególności w zakresie roszczeń o zadośćuczynienie, nie towarzyszą odpowiedzialności wynikającej *ex contractu*. Odpowiedzialność kontraktowa nie reguluje w żaden szczególny sposób szkód na osobie, problem zadośćuczynienia „ratuje” ustawa o zakładach opieki zdrowotnej¹³⁶. Zdaniem Ewy Łętowskiej wciąż jednak nie cieszy się powszechnym uznaniem sądów pogląd o możliwości odpowiedniego stosowania przepisów deliktowych regulujących szkody na osobie do reżimu odpowiedzialności kontraktowej lekarza¹³⁷. Autorka wyraża obawę, że:

„(...) przejście świadczeń ponadstandardowych do reżimu nie tylko komercyjnego (odpłatność), ale wręcz niepublicznego i oparcie ich na umowie kryje w sobie pułapkę. Jeśli nie tyle legislacja, ile wykładnia (doktrynalna i praktyczna) odpowiednio wcześniej nie dostrzeże niebezpieczeństwa, możemy stanąć w obliczu znacznego uszczuplenia reparacyjnych uprawnień klientów — pacjentów (w zakresie zadośćuczynienia, szkód na osobie i szkód, jakie doznały osoby bliskie pacjentów). Sądy i doktryna stoją więc przed wyzwaniem”.

¹³³ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 1968 r., I CR 64/68, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1969, nr 4, s. 137. Zob. również orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 1977 r., IV CR 90/77, OSPiKA 1978, z. 11, poz. 200.

¹³⁴ M. Nesterowicz: *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 20.

¹³⁵ E. Łętowska: *Pacjent staje się konsumentem usług medycznych*, Rzeczpospolita, 25 listopada 1998 r. Podobnie na ten temat: M. Nesterowicz: *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 21.

¹³⁶ Art. 19a ust. 1: „W razie zawinionego naruszenia praw pacjenta, o których mowa w art. 18 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz w art. 19 ust. 1 pkt 1–4 i ust. 3, sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego”.

¹³⁷ Tamże.

Wspomniane niebezpieczeństwo zostało w ostatnim czasie dostrzeżone przez Sąd Najwyższy. Trudno jednocześnie bronić twierdzenia, że zmiana tendencji orzeczniczej nastąpiła „odpowiednio wcześniej”, więcej nawet — nastąpiła ona niewątpliwie zbyt późno i nie sposób jeszcze ocenić, czy faktycznie doszło do zdecydowanej rekonstrukcji ustalonych poglądów¹³⁸.

Abstrahując jednak od nasuwających się wątpliwości, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r.¹³⁹ ma niewątpliwie precedensowe znaczenie, czyniąc swoisty wyłom w dotychczasowych ustaleniach, stwierdzających:

„Osoba, która swe roszczenia wobec kontrahenta wywodzi z niewłaściwego wykonania przez niego umowy, nie może domagać się od niego zadośćuczynienia za doznaną krzywdę”¹⁴⁰.

W omawianej sprawie powódka domagała się odszkodowania i zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę wynikłą z wadliwego wykonania protez ortopedycznych nóg na podstawie art. 471 k.c. Sprzęt medyczny został według ustaleń sądów niższych instancji wykonany nieprawidłowo. Sądy rejonowy i okręgowy oddaliły powództwo (dalej: apelację) w części opiewającej na 20 tys. zł, które miały rekompensować doznany ból, cierpienie i niewygody wynikłe z zaniedbań kontrahenta. Przyjęto tym samym ponownie, że zadośćuczynienie należy się poszkodowanemu jedynie w sytuacji, gdy opiera swoje żądanie na deliktowych podstawach odpowiedzialności. Poza dyskusją pozostaje fakt, że zachowanie producenta protez było czynem niedozwolonym, jednak powódka wybrała inną niż deliktowa podstawę dochodzenia rekompensaty.

Sąd Najwyższy odstąpił od restrykcyjnej wykładni art. 445 i 448 k.c., uznając:

„Jeśli nienależyte wykonanie umowy przybiera (...) drastyczną postać, może być zakwalifikowane jako czyn niedozwolony”.

Ze względu zatem na szczególne okoliczności sprawy nienależyte wykonanie zobowiązania kontraktowego może być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowić czyn niedozwolony¹⁴¹. Klauzula zasad współżycia społecznego jest czynnikiem na tyle elastycznym, że kwalifikowanie przypadków niewykonania zobowiązania jako deliktów cywilnoprawnych okazuje się stosunkowo proste. Sąd Najwyższy dopuścił jednak stosowanie norm dotychczas, zasadnie, uznawanych za wyłącznie deliktowe do reżimu kontraktowego, bez wyraźnego wskazania na poprawne jurydycznie rozumowanie, które mogłoby taką konkluzję uzasadnić¹⁴². Zapatrywania sądu zostały powielone w wyroku z dnia 9 sierpnia 2005 r.:

„Należy zwrócić bowiem uwagę, że — przy pojmowaniu szkody jako każdego uszczerbku w dobrach prawem chronionych, także w dobrach o charakterze niema-

¹³⁸ Wypada wątpić, czy zmiana zapatrywań Sądu Najwyższego nie miała charakteru incydentalnego. Sądy niższych instancji nadal odwołują się do panującego w doktrynie i orzecznictwie poglądu, że w ramach odpowiedzialności kontraktowej nie jest możliwe domaganie się naprawienia szkody niemajątkowej.

¹³⁹ II CK 300/04, niepublikowany.

¹⁴⁰ I. Lewandowska: *Odszkodowanie i zadośćuczynienie za krzywdę*, Rzeczpospolita, 23 grudnia 2004 r.

¹⁴¹ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 35.

¹⁴² Próbę wyjaśnienia podejmuje R. Trzaskowski. Zob. rozdział 2.

jątkowym — można rozważać także kontraktową odpowiedzialność za szkody niemajątkowe. Odnosi się to zwłaszcza do pewnych umów, w tym także do umów o świadczenie usług medycznych”.

Nie należy niestety ulegać nadmiernemu zachwytowi wobec przeniknięcia nowszych trendów doktrynalnych do orzecznictwa. Okazuje się bowiem, że orzeczenie Sądu Najwyższego jest jedynie „technicznym” uproszczeniem. Dochodzenie zadośćuczynienia za krzywdę wynikłą z niewykonania zobowiązania było dopuszczalne również dotychczas, o ile zachowanie dłużnika spełniało warunki bezprawności powszechnej¹⁴³, mogło być kwalifikowane jako jeden z przypadków wymienionych w art. 445 lub 448 k.c., a poszkodowany dochodził rekompensaty w ramach reżimu deliktowego. Ułatwienie polega zatem (poza kwestiami czysto procesowymi) jedynie na korzystniejszym dla powoda rozkładzie ciężaru dowodu, choć i ta kwestia pozostaje wątpliwa, skoro Sąd Najwyższy dopuszcza zadośćuczynienie jedynie wówczas, gdy niewykonanie zobowiązania było czynem niedozwolonym (musiało zatem spełniać przesłanki art. 415 k.c.).

Ponadto, poza zakresem odpowiedzialności kontrahenta i tak nadal pozostają szkody niemajątkowe niepolegające na naruszeniu dobra osobistego. Problem pozostaje zatem wciąż aktualny, jeżeli chodzi o umowy, których celem było zapewnienie korzyści niemajątkowej w sferze osobistej wierzyciela (w doktrynie anglosaskiej *contract with a mental benefit*).

Szczególne uregulowanie odpowiedzialności odszkodowawczej w ramach umowy turystycznej z pewnością poprawiło sytuację prawną osób, które na skutek nierzetelnego działania dłużnika utraciły oczekiwaną przyjemność wypoczynku.

Potwierdzenie akceptacji stanowiska wyrażonego przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości znajdujemy w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który przyznał zadośćuczynienie pieniężne turyście za szkodę niemajątkową, jaką poniósł na skutek niezaoferowania mu na miejscu pobytu wycieczek fakultatywnych zapowiadanych w ofercie¹⁴⁴. Rzeczywiście, istniały wyraźne podstawy normatywne dla uwzględnienia takiego roszczenia. W uzasadnieniu jednak sąd stwierdził, że utraciona przyjemność podróży była wynikiem naruszenia dobra osobistego powoda — prawa do wypoczynku. Wątpliwości budzą dwie kwestie: czy można w ogóle mówić o istnieniu dobra osobistego polegającego na prawie do niezakłóconego

¹⁴³ R. Trzaskowski twierdzi, że skoro deliktem jest naruszenie jedynie obowiązków powszechnych, to obowiązek dostarczenia niewadliwego świadczenia powszechnym obowiązkiem z pewnością nie jest, gdyż wynika ze stosunku o charakterze względnym. Wypada jednakże zauważyć, że o ile samo dostarczenie wadliwej protezy obowiązkowi takiego faktycznie nie narusza, o tyle spowodowanie skutku w postaci naruszenia dobra osobistego, jakim jest na przykład zdrowie, spełnia już wymóg bezprawności powszechnej (jest naruszeniem obowiązku spoczywającego w danej sytuacji na każdym; art. 23 k.c.). Nie wydaje się w tym przypadku w ogóle konieczne powoływanie klauzuli zasad współżycia społecznego. Poza tym zakwalifikowanie zachowania dłużnika kontraktowego jako deliktu nie oznacza jeszcze aktualizacji roszczenia o zadośćuczynienie, nie każde wyrządzenie szkody w ramach odpowiedzialności deliktowej zasługuje bowiem w myśl art. 445 i 448 k.c. na rekompensatę w formie zadośćuczynienia. I właśnie ten aspekt wydaje się najmniej jasny w argumentacji Sądu Najwyższego.

¹⁴⁴ V CA 2387/05.

wypoczynku? oraz: dlaczego sądy nadal uciekają się do konstrukcji deliktowej odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych w sytuacji, gdy roszczenie odszkodowawcze z art. 11a i 11b ustawy o usługach turystycznych nie uzależnia prawa do rekompensaty od rodzaju naruszonego dobra?

Odpowiedź na pierwsze pytanie wymaga szerszej analizy i próba taka została podjęta w kolejnym rozdziale. Wypada jednakże podkreślić, że owa absolutyzacja interesów niemajątkowych przypomina pod pewnymi względami zabiegi judykatury niemieckiej związane z doktryną komercjalizacji. Nadużycie konstrukcji dobra osobistego ma na celu nie tyle samą konstatację, że przymiotem jednostki ludzkiej jest prawo do wypoczynku, a jedynie umożliwienie w szczególnie uzasadnionych wypadkach naprawienia szkody, która w świetle obowiązujących przepisów na żadną rekompensatę nie zasługuje.

Drugi problem zdaje się mieć źródło w pewnej tradycji legislacyjnej, a tym samym w ugruntowanych tą wieloletnią tradycją przyzwyczajeniach orzecznich. Uszczerbki niemajątkowe innego rodzaju niż wynikające z deliktowego naruszenia dóbr osobistych nie były w prawie polskim rekompensowane w zasadzie nigdy. Stąd, wykreowanie tego rodzaju roszczenia odszkodowawczego na podstawie kontraktowej, choćby w niewielkim zakresie przedmiotowym (obecnie dotyczy tylko umów turystycznych), było operacją nagłą i dość rewolucyjną. Prawdopodobnie samo-uświadomienie judykatury o możliwości, co więcej — zasadności, rekompensat uszczerbków niemajątkowych wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, wymaga więcej czasu, niż można by się pierwotnie spodziewać.

Podsumowując, nowe spojrzenie na problem szkody niemajątkowej w orzecznictwie krajowym wykazuje duże podobieństwo do rozwiązań systemów anglosaskich. Zabiegi judykatury, nie zawsze poprawne jurydycznie, są podejmowane niewątpliwie celem rozbicia sztywnych granic pomiędzy reżimem kontraktowym a zasadami odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego, wykazują wyraźną praktyczną potrzebę poszerzenia przedmiotowego zakresu obowiązku odszkodowawczego dłużnika kontraktowego. Tak jak niegdyś ustanawianie przez orzecznictwo *common law* wyłomów w rygorystycznej zasadzie *Addis* (w przypadkach *contracts with a mental benefit* i umów o usługi medyczne), tak dziś sądy polskie poszukują dla podobnych sytuacji funkcjonalnego uzasadnienia, być może nieaktualnych już, decyzji historycznego ustawodawcy.

POSTULATY DE LEGE FERENDA — NORMATYWNE „JUTRO”

2.1. BILANS ZAGROŻEŃ I KORZYŚCI — PYTANIE O POTRZEBĘ POSZERZENIA ZAKRESU ODPOWIEDZIALNOŚCI

Wobec nakreślonego wyżej stanu uregulowania problemu szkody niemajątkowej zarówno w prawie polskim, jak i reprezentatywnych porządkach europejskich, wreszcie, biorąc pod uwagę stanowisko gremiów międzynarodowych w wersji *soft law* i jednostkowego, wiążącego rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, wypada ostatecznie zapytać: „Czy polskie prawo, przy takich jak obecne ramach odpowiedzialności deliktowej, w ogóle potrzebuje zmian generalnych w zakresie zasad odpowiedzialności kontraktowej?”¹⁴⁵. Jak próbowano jednak wykazać w dotychczas poczynionych konkluzjach, wobec, w dalszym ciągu skostniałych poglądów większości doktryny i orzecznictwa, biorąc pod rozwagę treść przynajmniej pewnej kategorii umów, gwarantowana aktualnym stanem prawnym ochrona poszkodowanego zdaje się niewystarczająca.

Udzielenie pozytywnej czy też negatywnej odpowiedzi na zadane wyżej pytanie wymaga przede wszystkim podjęcia przynajmniej próby wskazania przewidywanych korzyści takiej nowelizacji, ale przede wszystkim jej potencjalnych „słabych punktów”. Abstrakcyjna ocena postulowanego stanu prawnego wyprzedzająca rozważania w przedmiocie jego zakresu przedmiotowo–podmiotowego jest zadaniem szczególnie trudnym o tyle, iż przedmiotem analizy powinien być raczej model unormowania w sposób najszerszy z możliwych dopuszczający kompensatę kontraktowych szkód niemajątkowych. Dopiero bowiem wówczas, poprzez modyfikację treści takiej liberalnej regulacji¹⁴⁶, jesteśmy w stanie z dużym prawdopodobieństwem sukcesu uniknąć niespodzianek, jakie zwykle wiążą się ze stosowaniem nowych przepisów.

Nadzwyczaj pomocne okazują się tutaj osiągnięcia orzecznicze Francji czy Wielkiej Brytanii, wreszcie judykatura polska jest bogata w doświadczenia związane z problemem zadośćuczynienia za krzywdę. Pojawiające się dotychczas pytania i wątpliwości, z jakimi borykały się sądy krajowe, pozostają w znacznym zakresie aktualne również wobec perspektywy dopuszczalności przyznania pieniężnej rekompensaty za szkodę niemajątkową wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

¹⁴⁵ U. Walczak: *Uwagi de lege lata i de lege ferenda na temat zasad odpowiedzialności kontraktowej w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 12 marca 2002 r. w sprawie Leitner v. TUI*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2006, nr 2, s. 126.

¹⁴⁶ Lub metody wykładni, istnieją bowiem pewne możliwości egzekwowania obowiązków dłużnika w zakresie naprawienia wyrządzonej szkody niemajątkowej także na gruncie już obowiązujących przepisów. Szerzej kwestia ta została omówiona w kolejnym podrozdziale.

2.1.1. ZAGROŻENIA

Nie czyniąc szczególnej hierarchizacji wagi wysuwanych w doktrynie zarzutów przeciwko poszerzeniu zakresu odpowiedzialności kontraktowej również na szkody o charakterze niemajątkowym¹⁴⁷, odnieśmy się w pierwszej kolejności do problemu „zalewu powództw domagających się zasądzenia znacznych sum pieniężnych za wszelkiego rodzaju krzywdy i przykrości, często błahe i urojone”¹⁴⁸. A. Szpunar stwierdza, że argumentu tego nie zdołał dotychczas nikt skutecznie podważyć. Ponadto, zdaniem autora, przykład prawa francuskiego poucza, że sądy mogą nad wyraz gorliwie wywiązywać się z gwarancji, jakie daje poszkodowanemu prawo żądania takiej rekompensaty.

Rzeczywiście, można wyobrazić sobie sytuację, w której działalność judykatury zostaje sparaliżowana olbrzymią ilością żądań nie dość wygórowanych, co niekiedy zupełnie bezzasadnych. Tak apokaliptyczna wizja wydaje się ostatecznie *de facto* mało realna. Wypada zastanowić się, czy problem powolnego działania sądów polskich jest skutkiem istnienia norm materialnych, przyznających jednostkom określone uprawnienia, czy może przyczyna tkwi raczej w niewydolnej organizacji sądownictwa i dość jednolitym modelu procedury cywilnej, gdzie, pomijając problematykę gwarancji procesowych (w wątpliwy sposób urzeczywistnianych w praktyce), istnienie na przykład identycznego systemu środków zaskarżenia dla spraw zawiłych i spraw zupełnie prostych budzi niekiedy uzasadnione zastrzeżenia.

Trudności związane z zalewem sądów nadmierną ilością powództw mają znacznie szersze i dalece bardziej skomplikowane, niż zdaje się uważać A. Szpunar, podłoże. Z pewnością takim negatywnym czynnikiem, spowalniającym pracę sądów, jest również niezorganizowanie uczestników postępowania, niski stopień świadomości prawnej społeczeństwa oraz brak społecznego przyzwyczajenia do rozwiązywania sporów na drodze ugodowej. Wreszcie można zapytać: czy ograniczenie uprawnień poszkodowanego w istocie wpłynęłoby na usprawnienie działalności polskiego sądownictwa? Odpowiedź zdaje się nasuwać automatycznie, tym samym pewne wydaje się, że przyznanie jednostce w sposób zaplanowany, przemyślany i świadomy dodatkowych uprawnień pozostanie bez szczególnego wpływu na szybkość pracy sądów i sędziów. Ponadto, należy zaznaczyć, że przypadki, w których szkoda polega jedynie na uszczerbku niemajątkowym, są stosunkowo nieliczne. Najczęściej bowiem mamy do czynienia ze szkodą o charakterze „mieszanym”. Poszkodowany i tak dochodziłby na przykład zwrotu części zapłaconej ceny czy

¹⁴⁷ Chodzi tutaj o sam postulat poszerzenia zakresu odpowiedzialności dłużnika kontraktowego, problem formy, techniki takiej operacji zostaną omówione w dalszej kolejności.

¹⁴⁸ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 76. Zdaniem M. Ciemińskiego, argument zalewu roszczeń (*floodgate argument*) jest nadużywany, zwłaszcza w przypadku roszczeń precyzyjnie zdefiniowanych czy określonych (zob. M. Ciemiński: *Naprawienie uszczerbku...*, op. cit., s. 334).

naprawienia majątkowych szkód na osobie¹⁴⁹, stąd żądania związane ze szkodą majątkową i niemajątkową zwykle obejmowane są jednym pozwem.

Restrykcyjnego stanowiska nie podziela również R. Trzaskowski¹⁵⁰, argumentując ponadto między innymi, że „nie każde niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania może rodzić odpowiedzialność kontraktową za szkodę niemajątkową”¹⁵¹.

Problem, jaki z kolei pojawił się na gruncie stosowania art. 1382 Code civil¹⁵² (zasądzania tytułem odszkodowań sum nadmiernie wysokich czy uwzględnianie takich żądań w sytuacjach, kiedy szkoda praktycznie nie wystąpiła, miała charakter urojony¹⁵³), wynika w głównej mierze z faktu, iż treść art. 1382 została wyznaczona i uzupełniona praktyką sądów. Zapewne ustawodawca francuski nie przewidywał możliwości wykorzystania przepisu do uwzględniania tego rodzaju żądań i na taką skalę. Jasne sprecyzowanie przesłanek odpowiedzialności za szkodę niemajątkową pozwoliłoby niewątpliwie na uniknięcie przynajmniej części problemów, jakie wiążą się z samowolnymi działaniami *de facto* prawotwórczymi sądów.

Proces poszerzania granic przedmiotowych odpowiedzialności odszkodowawczej we Francji wiąże się z jedną jeszcze wątpliwością. Pieniądze jako z natury środek nieadekwatny dla eliminacji uszczerbków niemajątkowych mogą okazać się nieadekwatne również w ten sposób, że przyznane odszkodowanie będzie zbyt wysokie w stosunku do rzeczywistego wymiaru szkody. Jak już wcześniej wielokrotnie podkreślano, subiektywny charakter szkody niemajątkowej nie pozwala na stosowanie wyłącznie obiektywnych kryteriów szacunku. Jeżeli zatem zadośćuczynienie ma odpowiadać na przykład rozmiarowi doznanej krzywdy¹⁵⁴, to trudno twierdzić, że chodzi zawsze jedynie o krzywdę, jakiej doznałby przeciętny człowiek. Mówimy raczej o krzywdzie konkretnej osoby, z uwzględnieniem jej wieku, sytuacji rodzinnej, społecznej, wrażliwości, o ile rzecz jasna czynniki takie mogą być uznane za obiektywnie przewidywalne (tzn. odpowiadają warunkom adekwatnej przyczynowości). Wskazanie normatywnych kryteriów, które determinowałyby wysokość przyznanego odszkodowania, wymaga niestety za-

¹⁴⁹ Tak właśnie było w przypadku Simone Leitner, gdzie żądanie powódki opiewało również na kwotę poniesionych wydatków związanych z leczeniem.

¹⁵⁰ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 32.

¹⁵¹ Tamże. Z uwagi na specyfikę niektórych stosunków obligacyjnych, przyznanie odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy za zasadne uważa również M. Safjan: *Ochrona majątkowa dóbr osobistych*, Przegląd Prawa Handlowego 1997, nr 1, s. 267, o czym dalej.

¹⁵² Poddanego gruntownej krytyce przez Z. Radwańskiego (w:) *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.* Przytaczane argumenty być może odpowiadały „moralności socjalistycznej”, niestety dziś okazują się zupełnie nietrafne. Również bardziej aktualne rozważania na temat kontraktowej szkody niemajątkowej (A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*) nie przetrwały próby czasu. Postęp, jaki dokonał się w zakresie dbałości o ochronę wszelkich interesów kontraktowych, zwłaszcza takiej kategorii podmiotów, jaką tworzą konsumenci, jest w Polsce rezultatem transformacji ostatnich kilkunastu lat.

¹⁵³ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 46. Sam autor jednak stwierdza, że problem zalewu roszczeń dotyczył przede wszystkim przypadków śmierci osoby bliskiej, mających zatem źródło nie w niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika, a w czynie niedozwolonym.

¹⁵⁴ G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 433.

chowania pewnego stopnia ogólności, z uwzględnieniem specyfiki szkody kontraktowej.

Na gruncie art. 445 i 448 k.c. ustawodawca mówi jedynie o „odpowiedniej” rekompensacie, pozostawiając dosyć duże pole manewru interpretacyjnego sądom. Kwestia wysokości przyznanej sumy pozostawiona jest zatem swobodnej ocenie, przy czym powinna być ona po pierwsze utrzymana w rozsądnych granicach¹⁵⁵ (przy czym trudno powiedzieć, jak tak sformułowana dyrektywa ma się do kompensacyjnej funkcji odszkodowania¹⁵⁶), po drugie zaś, zgodnie z przedstawionym wcześniej stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, konstatacja, że szkodę niemajątkową istotnie wyrządzono, w zasadzie decyduje o przyznaniu zadośćuczynienia¹⁵⁷. Nie jest wobec powyższego do końca jasne, na czym miałyby polegać „fakultatywność” zadośćuczynienia, skoro realnie poszkodowany powinien w zasadzie liczyć na pozytywną reakcję sądu, zaś wysokość odszkodowania nie jest również kwestią zupełnie dowolną.

W przypadku umów aspekty, do jakich powinien odnieść się sąd przyznający odszkodowanie za poniesiony uszczerbek niemajątkowy, będą nieco inne niż na gruncie prawa czynów niedozwolonych. Korzystając z rezultatów wcześniejszych rozważań, warto zastanowić się, czy możliwość przyznania takiej rekompensaty nie powinna być zależna na przykład od powszechnej funkcji czy celu stosunku łączącego strony, czy też szczególnego celu znanego stronom w chwili jej zawarcia, jeżeli cel ten realizować miał się w dostarczeniu poszkodowanemu korzyści niemajątkowej. Tego rodzaju kryterium znacznie zawęziłoby z pewnością kategorię umów, na podstawie których wierzyciel mógłby żądać przyznania odszkodowania.

Pierwotnie uważano, że przyznawanie pieniędzy za naruszenie niemajątkowej sfery uczuć jest zabiegiem po pierwsze nietrafionym, po drugie — niemoralnym: „(...) przeciwnicy zadośćuczynienia podkreślają, że zapłata zadośćuczynienia zakłada właśnie pieniężną ich ocenę, jest przeto czymś odpychającym i wstrętnym”¹⁵⁸. Istotnie, również dziś, należy stwierdzić¹⁵⁹, że pieniężne zadośćuczynienie za uszczerbek z istoty niemajątkowy nie jest idealnym i jedynym pożądanym środkiem zaradczym. Takim byłaby z pewnością możliwość skutecznego nakazania sprawcy szkody odwrócenia biegu zdarzeń. Dla zasadniczej liczby wypadków rozwiązanie to jest jednak niestety nieosiągalne, z kolei rezygnacja z reakcji ze strony ustawodawcy sprawia, że poszkodowany pozbawiony jest jakiegokolwiek rekompensaty, nawet tak niedoskonałej, choć zobowiązanie miało na celu zaspokojenie interesów

¹⁵⁵ Tak: wyrok SN z dnia 26 lutego 1962 r. (4 CR 902/61, OSNCP 1963, nr 5, poz. 107) oraz wyrok SN z dnia 24 czerwca 1965 r. (I PR 203/65, OSPiKA 1966, poz. 92).

¹⁵⁶ To znaczy, czy „rozsądną granicą” jest pełna realizacja tej funkcji, czy też sąd powinien niekiedy zrezygnować z pełnej rekompensaty na rzecz utrzymania jej w „rozsądnych granicach”.

¹⁵⁷ Sąd ma zatem jedynie prawo do swobodnej oceny przesłanek zadośćuczynienia — rozmiaru i intensywności krzywdy. Zob. J. Kroner, *Odszkodowanie nie musi być finansowe*, Rzeczpospolita, 8 lutego 2005 r.

¹⁵⁸ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 143.

¹⁵⁹ Problem ten był przedmiotem szerszych rozważań w rozdziale 2.5 (TPP 1/2007).

majątkowych wierzyciela¹⁶⁰. Rozwiązanie wydaje się szczególnie niesprawiedliwe w stosunku do tych sytuacji, w których rozmiar uszczerbku niemajątkowego doznanego na skutek niezgodnego z treścią umowy zachowania dłużnika znacznie przewyższał stratę majątkową¹⁶¹.

Należy stanowczo zaznaczyć, że aktualne wypowiedzi zarówno w doktrynie polskiej, jak i zagranicznej są znacznie liberalniej ustosunkowane do całego problemu. Nie brak całkiem licznych propozycji rozwiązań już na gruncie obowiązujących przepisów¹⁶². Ponadto, można z łatwością zaobserwować powszechne przejawy „zazdrości” wobec tych państw, których judykatura hojnie żongluje odszkodowaniami, podczas gdy w Polsce odszkodowania za najbardziej rażące naruszenia wciąż nie przekraczają kilkuset tysięcy złotych. „Pokutuje tu przez cały czas socjalistyczna koncepcja »miarkowania« odszkodowania, tak aby nie stanowiło ono wzbogacenia dla poszkodowanego”¹⁶³. Ostatecznie, gdyby trzeźwo ocenić całą sytuację, takie uzasadnienie dla „miarkowania” odszkodowania wydaje się wręcz groteskowe. Wypada wobec niego zapytać sprawcę szkody na przykład: za ile pan zgodziłby się spędzić resztę życia na wózku inwalidzkim? Podana kwota pewnie byłaby znacznie wyższa niż średnia przyznawanych odszkodowań, a większość pytanym odpowiadałaby, że nie ma takiej sumy, która skłoniłaby ich do rezygnacji z komfortu, jaki daje pełna sprawność fizyczna. Skoro pieniądze i tak nigdy nie rekompensują krzywdy związanej z inwalidztwem, to nie ma żadnych powodów, dla których zadośćuczynienie powinno być utrzymywane w jakichś „rozsądnych granicach”¹⁶⁴.

Oczywiście, na gruncie prawa umów, pomijając przypadki szkód wynikłych z zachowań będących jednocześnie deliktami, sytuacje nie są aż tak radykalne¹⁶⁵. Wartość utraconej przyjemności wypoczynku nie daje się porównać z wartością utraconego zdrowia, choć, korzystając z podanego wyżej mechanizmu, wątpliwe jest, że nierzetelny kontrahent zgodziłby się na spędzenie kosztownego urlopu zupełnie za darmo¹⁶⁶.

¹⁶⁰ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 32, za: M. Safjan: *Naprawienie...*, op. cit., s. 267.

¹⁶¹ R. Holmes: *Mental Distress...*, op. cit.: „For some aggrieved parties their intangible loss may far outweigh any financial loss they suffer”.

¹⁶² Te omówione zostaną dalej.

¹⁶³ M. Rzemek: *Trudno wycenić krzywdę*, Rzeczpospolita, 5 maja 2005 r.

¹⁶⁴ W zbliżonym tonie wypowiedział się niedawno również Sąd Najwyższy: „Powołanie się przez sąd przy ustalaniu zadośćuczynienia na potrzebę utrzymania wysokości zadośćuczynienia w rozsądnych granicach (...) nie może prowadzić do podważenia kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia” (wyrok SN z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 131/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 40). Bardzo podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 października 2006 r. (IV CSK 80/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 175): „Uwzględnienie stopy życiowej społeczeństwa przy określaniu wysokości zadośćuczynienia nie może podważać jego kompensacyjnej funkcji”.

¹⁶⁵ Nie ma w zasadzie szczególnie uzasadnionych powodów, dla których odszkodowanie za cierpienia związane z wadliwym wykonaniem usługi medycznej miałoby podlegać innym kryteriom „wyceny” niż w przypadku art. 448 k.c. Różne metody ewentualnej limitacji wysokości odszkodowań w przypadkach medycznych opisuje F.A. Sloan (w): *Limiting Damages for „Pain and Suffering” in Medical Malpractice*, NC Med. J July/August 2003, Volume 64, Number 4, s. 191 i n.

¹⁶⁶ Lord Hutton (*Farley*) uważa wręcz, że odszkodowania tego rodzaju powinny być utrzymywane na stosunkowo niskim, rozsądnym poziomie (w Wielkiej Brytanii nie przekraczają 10 000 funtów).

Wreszcie, istnieją pewne potencjalne ryzyka, jak na przykład nieprzewidywalność zachowań sądów wobec nowej regulacji, tym samym nieodpowiadające intencjom prawodawcy „nadinterpretacje” czy też zbyt rygorystyczne podejście do problemu przyznania odszkodowań. Nie jest, oczywiście, do końca jasne, jak tego rodzaju zmiany wpłynęłyby na ceny usług w zakresie umów, co do których prawdopodobieństwo wystąpienia szkody niemajątkowej jest szczególnie wysokie¹⁶⁷. Wydaje się, że przynajmniej w pewnym stopniu takie ryzyko mogłoby być niwelowane poprzez wolną konkurencję, ostatecznie niewykluczone zatem, że nawet nieznaczny wzrost ceny byłby usprawiedliwiony równoczesnym wzrostem jakości świadczonych usług. Przyznanie odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy jest zaledwie ewentualnym kosztem transakcyjnym i nic nie stoi na przeszkodzie umownego limitowania zakresu takiego obowiązku po stronie świadczącego¹⁶⁸. Pamiętajmy, że w przeciwieństwie do prawa czynów niedozwolonych, prawo umów w mniejszym stopniu determinowane jest zasadami słuszności. Popierając stanowczo tezę o niemajątkowym charakterze „utrąty przyjemności”, należy z równą stanowczością akceptować fakt, że zasady rekompensaty uszczerbków na dobrach mniejszej, pod względem etyczno-moralnym, wagi niż na przykład dobra osobiste, powinny podlegać zasadzie swobody kontraktowej¹⁶⁹. Takie podejście ma, rzecz jasna, swoje konsekwencje, stąd niekiedy: „this freedom disappears once you want something that is out of ordinary”¹⁷⁰, pozwala jednak na zachowanie teoretycznej „czystości” podziału pomiędzy tym, co wbrew swej niematerialnej „ulotności” poddane jest mimo wszystko prawom rynku, a tym, co dzięki immanentnemu związkowi z wartościami pozarynkowymi, zasługuje na objęcie reżimem odpowiedzialności deliktowej.

Rozwój sektora usług, szczególnie intensywny w ostatnich latach, nie powinien pozostawać ustawodawcy zupełnie obojętny. Dynamika wartości zasługujących na ochronę jest nieuniknioną przyczyną, jaka z biegiem czasu nakazuje odmawiać tej ochrony jednym wartościom, z kolei objąć ochroną wartości dotychczas irrelevant-

¹⁶⁷ Obawę taką wyrażają J. Luzak i K. Osajda (w:) *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 337. Autorzy podkreślają, że wprowadzenie odpowiedzialności za szkodę niemajątkową wynika z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania prowadziłoby do przerzucenia ryzyka transakcyjnego na odbiorcę poprzez wzrost ceny usług. Oczywiście, tego rodzaju zagrożenie istnieje w przypadku proponowanej reinterpretacji art. 471 k.c., byłoby ono znacznie mniejsze, gdyby ustawodawca zdecydował się na odrębne uregulowanie tej kwestii, w sposób możliwie precyzyjny określając podmiotowy i przedmiotowy zakres odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy. Poza tym, skoro uznajemy, że, za Lordem Mustillem: „there are not alternative measures of damages, at opposite poles, but only one: namely the loss truly suffered by the promisee”, nie znajduje uzasadnienia sytuacja, w której koszty transakcyjne związane z ryzykiem wystąpienia na przykład szkody majątkowej olbrzymich rozmiarów są przerzucane na odbiorcę usługi, a w przypadku umów, mających na celu dostarczenie przede wszystkim korzyści niemajątkowych, ewentualność ich powstania „groziłaby chaosem” (J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 337).

¹⁶⁸ Zob. J. Luzak, K. Osajda: *Odszkodowanie...*, *op. cit.*, s. 337–338. Swoboda kształtowania zakresu obowiązku odszkodowawczego na gruncie prawa umów nie podlega w zasadzie *de lege lata* dyskusji, o ile, jak już wcześniej podkreślono, odpowiada wymogom wzorca kompetencji generalnej z art. 353¹ k.c.

¹⁶⁹ R. Moles: *Can Contract Law Protect Individual Rights and Preferences?*, 10 Bond Law Review 1998.

¹⁷⁰ Tamże.

ne. Nie sposób jednocześnie pominąć gospodarczego tła procesu, o którym mowa, i niesłuszne byłoby uparte twierdzenie, że to ustawodawca ma wyłączność na decydowanie, które ewentualnie dobra i wartości są dostatecznie wznieśli i ważne, by zasługiwały na normatywną osłonę.

Zadośćuczynienie nie jest dziś jedynie „formą dekoracji burżuazyjnego systemu prawnego”¹⁷¹, tak jak własność państwowa nie wymaga już korzystania ochrony „szczególnej”. Wydaje się ostatecznie, że racje i potrzeby rynku obecnie są znacznie istotniejszym stymulatorem posunięć legislacyjnych niż, jak jeszcze do niedawna, względy polityczno-ideologiczne. Pytanie o to, co jest *de facto* współczesną ideologią i na ile owe potrzeby rynku realizują uniwersalne postulaty słusznościowe, jak również, ocierające się o pewien relatywizm moralny, pytanie o to, czy można w ogóle mówić o istnieniu pewnych racji uniwersalnych, należy niestety postawić jako cel innym opracowaniom.

2.1.2. KORZYŚCI

Mówienie o korzyściach, które mogłoby przynieść objęcie obowiązkiem rekompensaty szkód niemajątkowych po stronie wierzyciela kontraktowego, skłania do nieco przewrotnego, lecz oczywistego wniosku, iż tego rodzaju zmiana pozwoliłaby na uniknięcie zagrożeń wynikających z braku odpowiedzialności za uszczerbki niemajątkowe w stosunkach obligacyjnych. Jednocześnie, co istotniejsze, umożliwiłaby zaradzenie problemom, które po opuszczeniu sfery potencjalności stały się już udziałem polskich sądów.

Na marginesie wypada również wspomnieć, że z punktu widzenia dłużnika, sprawcy szkody lub podmiotu za taką szkodę odpowiedzialnego, proponowane dalej rozwiązanie jest generalnie niekorzystne. Jak już jednak wcześniej podkreślono, prawo umów, poprzez swój dyspozytywny charakter, oferuje różnego rodzaju mechanizmy pozwalające na ograniczenie tych negatywnych konsekwencji¹⁷². Ci uczestnicy obrotu prawnego, którzy w sposób profesjonalny trudnią się świadczeniem określonego rodzaju usług, ponoszą nie tylko ryzyko powstania szkody niemajątkowej, lecz w pierwszej kolejności ryzyko niewyłączenia w umowie odpowiedzialności w granicach prakseologicznie uzasadnionych, z uwzględnieniem uregulowań

¹⁷¹ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 87.

¹⁷² Na przykład poprzez wyłączenie umowne odpowiedzialności za szkodę niemajątkową na podstawie art. 361 § 2 k.c. czy też poprzez wprowadzenie innej zasady odpowiedzialności dłużnika (tylko za szkody niemajątkowe wynikłe z zachowania umyślnego lub będące konsekwencją rażącego niedbalstwa, do granic wyznaczonych przez normę art. 473 § 2 k.c.), na takiej samej zasadzie odpowiadałby również za działania i zaniechania podmiotów, za pomocą których swoje zobowiązanie wykonuje lub którym wykonanie go powierza. Zob. T. Pajor: *Charakter zobowiązania a odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika. Studia z prawa cywilnego*, Warszawa 1983, s. 161; Z. Nowakowski: *Wina i ryzyko jako podstawy odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej. Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa-Poznań 1979.

dotyczących postanowień abuzywnych¹⁷³. Ostatecznie wydaje się, że ten problem wymyka się ograniczeniom wynikającym z ram tematycznych opracowania o tyle, że w zasadzie każde normatywne podwyższenie standardów świadczenia, także poprzez zmianę zasad odpowiedzialności, jest z punktu widzenia podmiotu potencjalnie odpowiedzialnego niekorzystne.

Dalszy wywód uporządkowano zgodnie z regułą specjalizacji — poprzez analizę kwestii generalnych, poruszono także pewne problemy jednostkowe. Przedstawione propozycje, podobnie jak przewidywane wcześniej zagrożenia, nie stanowią, rzecz jasna, katalogu wyczerpującego.

Primo, ograniczenie przedmiotowej odpowiedzialności sprawia, że ustawodawca rezygnuje w znacznym stopniu z realizacji kompensacyjnej funkcji odszkodowania i kompensacyjnej funkcji unormowań konsekwencji prawnych niewykonania zobowiązania¹⁷⁴. Prymat funkcji kompensacyjnej ma niewątpliwie swoje literalne podłoże, jako że ustawodawca posługuje się zawsze pojęciem „naprawienia szkody”. Środek naprawczy powinien stanowić ekwiwalent za poniesioną przez poszkodowanego szkodę niemajątkową, wynagradzać doznane przykrości i utrudnienia¹⁷⁵, stres, zdenerwowanie, słowem — te wszystkie negatywne odczucia, jakie wiążą się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, w szczególności wówczas, gdy ich powstanie doprowadziło do pogrzebania szans na osiągnięcie faktycznego celu zawartej umowy.

O ile w przypadku czynów niedozwolonych możemy doszukać się pewnych elementów satysfakcjonujących¹⁷⁶ poszkodowanego, o tyle należałoby obstawać zdecydowanie za realizacją czystej funkcji kompensacyjnej w przypadku umów obligacyjnych, z pominięciem dostarczenia poszkodowanemu satysfakcji, jaką może rodzić reakcja ze strony porządku prawnego. Twierdzenie takie ma swoje zasadnicze źródło w pewnej komercjalizacji stosunków umownych szczególnie predestynowanych z punktu widzenia szkody niemajątkowej, o czym zresztą była już wcześniej parokrotnie mowa. Odszkodowanie ma wyrównywać realnie poniesiony uszczerbek. W sytuacji gdy miałoby wymiar jedynie symboliczny, zanika związek pomiędzy kompensatą a tym, co kompensowane. Wreszcie, może okazać się, że wobec braku

¹⁷³ Im większy jest zakres sfery kontrolowanej przez dłużnika (dotyczy to także wymaganej od profesjonalisty wiedzy specjalistycznej i prawnej), tym bardziej uzasadnione jest obciążenie go dalej idącym ryzykiem; T. Pajor: *Charakter zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 168.

¹⁷⁴ Zob. na temat kompensacyjnej funkcji odpowiedzialności cywilnej, obszernie: W. Czachórski: *Zasady i funkcje...*, *op. cit.* Autor zwraca uwagę na fakt, że mamy do czynienia z procesem stałego wzrostu znaczenia funkcji kompensacyjnej kosztem pozostałych: represyjnej i prewencyjno-wychowawczej.

¹⁷⁵ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 78.

¹⁷⁶ Dotyczy to na przykład sytuacji, gdy doznana krzywda nie była mocno odczuwalna, jednak sposób zachowania sprawcy, motyw i cel działania zasługują na szczególne potępienie. Stąd poczucie sprawiedliwości poszkodowanego może być zaspokojone poprzez swoiste „ukaranie” sprawcy szkody. Tego rodzaju satysfakcja mieści się jednak, zdaniem A. Szpunara (w: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 79), w zakresie kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia.

szkody niemajątkowej, owa „satisfakcja” bliższa jest penalizacji zachowań względnie bezprawnych niż realizacji kompensacyjnej funkcji stosowanych środków.

De lege lata jednak, w zakresie szkód niemajątkowych nie jest realizowana ani zasada przywracania stanu poprzedniego (odnośnie do szkód polegających na „rzeczywistej niemajątkowej stracie”), ani też stawiania poszkodowanego w takiej pozycji, w jakiej znajdowałby się, gdyby zobowiązanie było wykonane prawidłowo (odnośnie do „niemajątkowego utraconego zysku”). Wobec metafizyki, która cechuje kategorię interesów niemajątkowych, również uprawnienia wykonania zastępczego okazują się środkiem nieadekwatnym: sam fakt niewykonania zobowiązania może bowiem w przypadkach skrajnych i dla zobowiązań o określonej treści prowadzić do rozstroju emocjonalnego, którego późniejsze prawidłowe wykonanie zobowiązania w żaden sposób nie sanuje¹⁷⁷.

Pełniejsza realizacja funkcji kompensacyjnej odszkodowań w związku z aktywnym udziałem w obrocie prawnym konsumentów wiąże się z dodatkową korzyścią natury „europejskiej” czy raczej „proeuropejskiej”, harmonizującej. Wzmiankowana opinia Rzecznika Generalnego A. Tizzano wyraża stanowczą tezę, że większość państw członkowskich Wspólnoty Europejskiej od lat akceptuje, co więcej, wymiar tej akceptacji ulega nieustającemu procesowi poszerzania, fakt, że kontraktowa szkoda niemajątkowa, przynajmniej dla pewnej grupy stosunków umownych, zasługuje na rekompensatę pieniężną¹⁷⁸. Tizzano podsumowuje:

„I can confirm my earlier comments about the evidence of a widespread trend, which has made varied progress in the different legal systems, towards a wider concept of liability for this type of damage (...). This damage is linked to the overall development of the subject of liability, but also, from a more general point of view, to the rapid development of tourism (...). The very fact that holidays have assumed a specific socio-economic role and have become so important for an individual's quality of life, means that their full and effective enjoyment represents in itself an asset worth protecting”.

W kontekście „europejskim” zupełnie inaczej prezentuje się także ekonomiczny aspekt poszerzenia odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, niżby wynikało to z analizy ekonomicznej, abstrahującej od konsekwencji prawnych i gospodarczych zobowiązań międzynarodowych państwa, w szczególności ze stosunku członkostwa w strukturze, jaką tworzy Unia Europejska.

Kolejną kwestią, dla której warto zastanowić się nad zasadnością poszerzenia zakresu przedmiotowego obowiązku odszkodowawczego dłużnika w stosunku obligacyjnym, jest problem rozkładu ciężaru dowodu.

¹⁷⁷ W sytuacji gdy korzyść niemajątkowa polega na trwałym, ciągłym korzystaniu z przedmiotu świadczenia, ponowne, prawidłowe wykonanie zobowiązania, świadczenie rzeczy czy usługi niewadliwej, pozwala na uniknięcie utraty przyszłej spodziewanej przyjemności. Tak byłoby w omawianym już przypadku *Forsyth v. Ruxley Electronics*.

¹⁷⁸ Zob. opinia Rzecznika, pkt 41, 42 i 43.

Dochodzący rekompensaty poszkodowany korzystałby w takiej sytuacji z domniemania niedochowania należytej staranności przez dłużnika¹⁷⁹. Obecnie nawet w sytuacji, gdy niewykonanie zobowiązania stanowiło jednocześnie delikt cywilnoprawny, dochodzenie zadośćuczynienia jest obwarowane koniecznością przeprowadzenia dowodu winy, a zatem dowodzenia faktu negatywnego — zawińnięcie bowiem polegać miało na niedochowaniu należytej staranności (szkoda jest rezultatem zachowania w ramach stosunku obligacyjnego).

W sytuacjach podlegania reżimom kontraktowym, większość europejskich systemów prawnych korzysta z „połowicznego” obrócenia ciężaru dowodu¹⁸⁰. Ostatecznie zatem poprawa pozycji procesowej wierzyciela może polegać na:

- a) konieczności dowiedzenia jedynie adekwatnego związku przyczynowego i szkody — jeżeli wadliwe świadczenie spowodowało szkodę, a szkoda tego rodzaju nie powstaje w normalnych warunkach bez niezachowania należytej staranności, brak należytej staranności, niedbalstwo, domniemywa się;
- b) konieczności dowiedzenia szkody i niezachowania należytej staranności — domniemywa się wówczas, że w normalnym toku rzeczy pomiędzy niezachowaniem należytej staranności a szkodą istnieje powiązanie kauzalne cechujące się adekwatnością¹⁸¹.

W polskim systemie przyjęto pierwsze rozwiązanie. Istnienie domniemania prawnego niedochowania należytej staranności jest uzasadnione tym, że w przypadku braku świadczenia czy wadliwego świadczenia mamy niezwykle często do czynienia z silnym domniemaniem faktycznym: niewykonanie zobowiązania, tym samym szkoda jest konsekwencją braku należytej staranności. Względna bezprawność (niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania) często kwalifikuje się w doktrynie jako element winy kontraktowej¹⁸², stąd silnie determinuje ona presupozycję o istnieniu także elementu subiektywnego¹⁸³.

W przypadku czynu niedozwolonego, olbrzymia różnorodność zdarzeń prowadzących do powstania szkody, a także brak pierwotnej więzi obligacyjnej, łączącej poszkodowanego z podmiotem odpowiedzialnym sprawiają, że bezprawność zachowania nie jest tak determinantem zawninienia, staje się czynnikiem w znacznym stopniu od niej niezależnym, określone zachowanie sprawy powodujące szkodę nie musi być jednocześnie zachowaniem powszechnie bezprawnym¹⁸⁴. Samo powstanie

¹⁷⁹ Art. 471 k.c.

¹⁸⁰ U. Magnus: *Comparative Analysis...*, op. cit., s. 6.

¹⁸¹ Tamże, s. 7.

¹⁸² Tak W. Czachórski: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 321. Należałoby raczej mówić o niewykonaniu zobowiązania i niezachowaniu należytej staranności. Ustawa rozdziela obydwa czynniki, wprowadzając różne zasady dowodzenia.

¹⁸³ Podjęciu przez dłużnika niewłaściwej decyzji co do sposobu świadczenia lub brak decyzji, która powinna być podjęta.

¹⁸⁴ Inaczej w przypadku zobowiązań — niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania samo przez się narusza więź obligacyjną, jest względnie bezprawne. Świadczenie prawidłowe nie jest „zdatne” do wyrządzenia wierzycielowi szkody.

szkody czy nawet istnienie związku kauzalnego z zachowaniem sprawcy nie decyduje o możliwości przypisania sprawcy „osobistej zarzucalności”. Sprawca mógł bowiem wykonywać swoje prawo podmiotowe (tym samym, jego zachowanie nie byłoby bezprawne), mógł również działać w okolicznościach szczególnych wyłączających bezprawność, czy też ze względu na niepoczytalność lub wiek nie można przypisać mu winy. W sytuacji kontraktowej wyrządzenie szkody w związku przyczynowym z zachowaniem dłużnika determinuje istnienie względnej bezprawności (niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania); w przypadku czynu niedozwolonego powstanie szkody na skutek działania lub zaniechania określonego podmiotu o istnieniu takiej bezprawności wcale jeszcze nie musi decydować.

Uzasadnienie różnego rozkładu ciężaru dowodu wynika również z niejedności pojęcia winy na gruncie obydwu reżimów. „Wina” kontraktowa oznacza co najmniej i co do zasady niedbalstwo¹⁸⁵. Wina deliktowa może być rozumiana w sposób zbliżony do winy karnoprawnej¹⁸⁶ — kodeks cywilny operuje normami wyłączającymi odpowiedzialność z powodu braku winy. Dowód braku winy dotyczy tychże, dowód braku niedbalstwa oznacza niezrealizowanie „znamion typu czynu zabronionego” — nie doszło do naruszenia powszechnie obowiązującego nakazu bądź zakazu. Choć w niniejszym opracowaniu nie ma niestety miejsca na pogłębione rozważania w tym zakresie, to warto zaznaczyć, że mamy do czynienia z zupełnie różnymi płaszczyznami dowodowymi. Dowód winy deliktowej polega na wykazaniu braku okoliczności winę wyłączających, dowód braku „winy” kontraktowej dotyczy wciąż niezachowania wymaganych w indywidualnej sytuacji reguł staranności.

Ostatecznie, kompensata szkód wynikłych ze zdarzeń polegających na niewykonaniu lub niewłaściwym wykonaniu zobowiązania powinna podlegać reżimowi kontraktowemu i związane z tym podporządkowaniem ułatwienie dowodowe okazuje się w pełni uzasadnione. Nie wydaje się z kolei słuszne, by obrócony ciężar dowodu dotyczył jedynie szkód niemajątkowych, zaś naprawienie uszczerbków

¹⁸⁵ Okoliczności wyłączające zawinienie znane we współczesnej nauce prawa karnego, jak na przykład niepoczytalność czy wiek, okazują się nieprzystające, gdyż wpływają nie tyle na przykład na niższą jakość świadczenia, co raczej na ważność zawartej umowy. Wypada zastanowić się, czy jest w tym przypadku sens mówienia w ogóle o jakiegokolwiek „winie”, czy nie poprzestać po prostu na „niedochowaniu staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju” jako „podmiotowym znamieniu” bezprawności względnej.

¹⁸⁶ G. Bieniek, H. Cieplą, S. Dmowski: *Komentarz...*, op. cit., s. 223; Z. Radwański: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 172. Nie do końca aktualna wydaje się z kolei dalsza uwaga autorów komentarza na temat postaci winy: umyślnej i nieumyślnej. Przeważająca obecnie koncepcja zalicza umyślność i nieumyślność do kategorii znamion podmiotowych typu czynu zabronionego. Zob. K. Buchała, A. Zoll: *Komentarz do kodeksu karnego*, t. 1, Zakamycze 2001, s. 88 i n. Artykuł 355 k.c. rozumiany negatywnie uzupełniałby zatem o owo znamię wszystkie ustawowe nakazy i zakazy (przy czym zakazane jest również zachowanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, stąd pojęcie powszechnej bezprawności cywilnoprawnej nie jest rzecz jasna tożsame z bezprawnością karnoprawną), przy czym powszechnie uznaje się, że przepis ten ma zastosowanie jedynie do zobowiązań pozaustawowych. Obowiązek zachowania należytej staranności jako znamię typu deliktowego miałby zatem charakter pozaustawowy (wynikający właśnie z zasad współżycia społecznego, uczciwego obrotu etc.). Oczywiście, jest to tak istotne jak na gruncie prawa karnego, gdzie zasada ustawowej określoności typu czynu zabronionego ma charakter bezwzględny.

niemajątkowych, będących rezultatem tego samego przecież zdarzenia, poddane było deliktowym obostrzeniom dowodowym. Wydaje się, że wprowadzenie zasady rekompensaty szkody niemajątkowej w ramach reżimu kontraktowego pozwoliłoby na osiągnięcie pewnego stopnia równowagi:

„Modern thinking tends to be that the amount of damages recoverable for a wrong should be the same, whether the cause of action is laid in contract or in tort”¹⁸⁷.

Wreszcie, pozostaje pokrótce rozważyć problem treści art. 429 k.c. i konsekwencji, jakie wiążą się z możliwością wyłączenia odpowiedzialności zleceńodawcy za bezpośredniego wykonawcę. Artykuł 474 k.c. jest odpowiednikiem art. 430 k.c., dla art. 429 k.c. takiego odpowiednika wśród norm kontraktowych niestety brak. Stąd, wykazanie braku *culpa in eligendo*¹⁸⁸ zwalnia z odpowiedzialności powierzającego wykonanie czynności drugiej osobie. Do wyłączenia nie doszłoby na gruncie art. 474 k.c., gdzie dłużnik odpowiada „jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza”¹⁸⁹.

Przechodząc wreszcie do wątku międzynarodowego kontekstu problemu, zmiana zasad odpowiedzialności kontraktowej postawiłaby Polskę w szeregu tych państw Wspólnoty, które nadają ton dyskusji w zakresie harmonizacji krajowych porządków prawnych. Co ważniejsze, pozwoliłaby „nadażyć” za procesem zmian, którego kierunek od dłuższego czasu pozostaje stały — silniejszej ochrony konsumenta poprzez zwiększenie atrakcyjności i standardów (art. 95 TWE) świadczonych usług na terytorium Unii Europejskiej.

Objęcie zakresem obowiązku odszkodowawczego również tych uszczerbków, które nie stanowią naruszenia dobra osobistego (stąd, *de facto*, są zależne od umowy), pozwoli na uniknięcie pewnych nadużyć w zakresie poszerzania katalogu dóbr osobistych *ad infinitum* i *ad casum* — dla potrzeb pojedynczej, konkretnej sytuacji faktycznej. Równolegle, do owych szkód zależnych od istnienia stosunku obligacyjnego, znalazłyby zastosowanie mechanizmy rekompensaty właściwe kontraktom zarówno pod względem technicznoprawnym, jak i pod względem prakseologicznym.

¹⁸⁷ Lord Dillon w uzasadnieniu orzeczenia *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority*, [1985] I.R.L.R. 308 (Court of Appeal).

¹⁸⁸ W tym przypadku ustawa posługuje się pojęciem winy, przy czym należy przez nie rozumieć właśnie „nie-dochowanie należytej staranności”.

¹⁸⁹ Na komplikacje związane z dochodzeniem zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową na podstawie deliktowej, jako roszczenia istniejącego niezależnie od samej umowy, trafnie uwagę zwraca M. Nesterowicz (w:): *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 22. Nadal aktualne są jego obawy dotyczące umów o świadczenie usług medycznych. Implementacja dyrektywy 90/314, jak również precedensowy dla polskiego ustawodawstwa wyrok ETS w sprawie *Leitner* zniwelowały tego rodzaju zagrożenie, jeżeli chodzi o umowę o imprezę turystyczną. Zaproponowane przez autora rozwiązanie będzie przedmiotem dalszej analizy.

2.2. PROPOZYCJE ROZWIĄZAŃ OSIĄGALNYCH *DE LEGE LATA*

Pomimo faktu, że problem kompensaty uszczerbku niemajątkowego w prawie umów nie był w zasadzie nigdy przedmiotem szerszej dyskusji w doktrynie polskiej, warto przedstawić te nieliczne propozycje rozwiązań, jakie zostały dotychczas sformułowane¹⁹⁰.

W pierwszej kolejności wypada przeanalizować wiele rozwiązań dopuszczalnych już *de lege lata*, których stosowanie nie wymagałoby bezpośredniej interwencji ustawodawcy, a polegałoby przede wszystkim na reformie poglądów orzecznictwa w problematycznym zakresie, tym samym weryfikacji treści norm na etapie stosowania prawa (realizacji prawotwórczej funkcji judykatury).

2.2.1. WADLIWE ŚWIADCZENIE A NARUSZENIE DOBRA OSOBISTEGO

Korzystanie z konkurencji roszczeń na podstawie art. 443 k.c. wydaje się w przypadku szkód niemajątkowych szczególnie kuszące. Jeżeli brak bowiem możliwości uzyskania rekompensaty na podstawie art. 471 k.c., całkiem prawdopodobna jest sytuacja, w której zdarzenie powodujące szkodę daje się kwalifikować jako czyn niedozwolony, spełniający przesłanki art. 445 lub 448 k.c.

Niewykonanie zobowiązania czy też nienależyte wykonanie zobowiązania rzadko wiąże się z okolicznościami wymienionymi w art. 445 k.c. O ile jeszcze można wyobrazić sobie wywołanie rozstroju zdrowia lub uszkodzenie ciała jako konsekwencję zachowania dłużnika, o tyle pozostałe określone tam zdarzenia stanowią „czysty” delikt.

Powszechniej zdarza się, że podstawą przyznania zadośćuczynienia pieniężnego za *de facto* kontraktową szkodę niemajątkową jest naruszenie dobra osobistego. Coraz częściej, być może nazbyt często, sądy ze względów celowościowych nazywają „dobrem osobistym” wartości, które, pomimo swego niepodważalnego znaczenia, wydają się w tego rodzaju kwalifikacji co najmniej wątpliwe¹⁹¹. Twierdzenie z kolei, że nie jest możliwe wydzielenie zamkniętego katalogu takich wartości, choć słuszne, niesie ze sobą ryzyko wypaczenia instytucji dobra osobistego, tym samym — całkowitego zatarcia granic pomiędzy reżimami odpowiedzialności.

Zacznijmy od tego, że ochrona dóbr osobistych ma charakter absolutnie wyjątkowy. Mnogość jej mechanizmów pozwala na zapobieganie naruszeniom i niwelowanie ich przykrych konsekwencji ze szczególną, w stosunku do zwykłych

¹⁹⁰ Poza wymienionymi wcześniej zob. na przykład T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 136.

¹⁹¹ Tak jednak: J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 339. Autorzy argumentują, że katalog dóbr osobistych ma charakter otwarty, orzecznictwo zaś wykazuje się „ogromną pomysłowością w kreowaniu nowych dóbr”, zaś „każde naruszenie dóbr osobistych kwalifikuje się do wystąpienia z roszczeniem z art. 448 k.c.”

roszczeń odszkodowawczych, skutecznością¹⁹². Już owa swoistość ochrony powinna być pewnym sygnałem, mówiącym o konieczności zachowania powściągliwości w zbyt pochopnym nazywaniu określonego dobra dobrem osobistym¹⁹³. W pewnym punkcie judykatura może dojść do zgodnego wniosku, że niewykonanie zobowiązania wiąże się z naruszeniem dobra osobistego, jakim jest prawo do czerpania przyjemności ze świadczenia niewadliwego czy prawo do uzyskania kontraktowej korzyści niemajątkowej.

O ile zrozumiałe wydaje się to jeszcze na przykład w przypadku umów o świadczenie medyczne, ze względu na szczególną wartość zdrowia i życia ludzkiego, gdzie „przedmiotem”, w stosunku do którego dłużnik swoje zobowiązanie wykonywa, jest ciało człowieka, o tyle uznanie utraty przyjemności wypoczynku za naruszenie dobra osobistego, jakie stanowi prawo do tego wypoczynku, jest już pewnym nadużyciem¹⁹⁴.

Powszechnie przyjęta definicja określa dobrem osobistym te wartości niemajątkowe, które są związane z osobowością jednostki ludzkiej, stanowią jej fizyczną i psychiczną integralność lub są przejawem jej twórczej działalności¹⁹⁵, „pewne wartości niematerialne łączące się ściśle z jednostką ludzką”¹⁹⁶, „indywidualne wartości świata uczuć, stanu życia psychicznego człowieka”¹⁹⁷, „wartości obejmujących fizyczną i psychiczną integralność człowieka, jego indywidualność oraz godność i pozycję w społeczeństwie, co stanowi przesłankę samorealizacji osoby ludzkiej”¹⁹⁸. Nie są to rzecz jasna definicje pełne ani wyłączne, przyjmując jakkolwiek jednak ich daleko idący uniwersalizm, należy stwierdzić, że nie stanowią naruszenia dobra osobistego wszystkie te przypadki niewykonania zobowiązania, które skutkują powstaniem szkody, nazywanej powszechnie w doktrynie anglosaskiej *expectation non-pecuniary damage*, w tym również na przykład uszczerbku polegającego na tym, że klient biura podróży nie „stał się bardziej wypoczęty” po wykonaniu umowy o imprezę turystyczną. Sądy polskie nie nazywały jednak tego rodzaju szkody „utratą spodziewanej przyjemności” czy „utratą korzyści”, a naruszeniem „prawa do wypoczynku”. Dobro osobiste nie może polegać jedynie na

¹⁹² G. Bieniek, H. Ciepla, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 100.

¹⁹³ Na temat związanego z tym ryzyka: A. Szpunar: *Przesłanki przewidzianego w art. 448 k.c. zadośćuczynienia*, *Przegląd Sądowy* 2002, nr 1, s. 3.

¹⁹⁴ Taką argumentację podaje uzasadnienie cytowanego wcześniej wyroku warszawskiego sądu apelacyjnego (V CA 2387/05).

¹⁹⁵ J.S. Piątkowski: *Ewolucja ochrony dóbr osobistych (w:) Materiały z konferencji naukowej nt. „Problemy współczesnego prawa cywilnego”*, Warszawa 1982, s. 107.

¹⁹⁶ G. Bieniek, H. Ciepla, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, op. cit.*, s. 97.

¹⁹⁷ S. Grzybowski: *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 74. Choć takie ujęcie spotkało się w późniejszym okresie z krytyką doktryny, m.in. A. Szpunara (w:) *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 87. Zarzucano Grzybowskiemu przede wszystkim bezustanne odwoływanie się do pojęcia „ogólne dobro osobiste” oraz brak możliwości odniesienia go w prezentowanym ujęciu do osób prawnych.

¹⁹⁸ Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna*, s. 156.

istnieniu roszczenia o uzyskanie czegoś. Stąd, wykreowano dobro, które w istocie tylko pośrednio odpowiadało rzeczywistemu charakterowi uszczerbku. Wreszcie, nazwano je dobrem osobistym.

Czy w istocie można powiedzieć, że wypoczywanie jest dobrem osobistym jednostki ludzkiej? Otóż jest to twierdzenie chybione. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że tego rodzaju „prawo” nie odpowiada żadnej z wymienionych wyżej definicji dobra osobistego. Uznając nawet ich względny uniwersalizm oraz fakt poddawania się przemianom w sferze pozaprawnej, nie sposób oprzeć się pokusie zanegowania tego rodzaju kwalifikacji.

Przede wszystkim dobrem osobistym jest wartość, którą jednostka „ma”, która jest z nią nieodzownie związana, i to w sposób niezależny od jej woli. Stan wypoczywania czy relaksowania się jest człowiekowi właściwy tylko „od czasu do czasu”, jedynie w stopniu przez niego uznanym, często nierozpoznawalnym z zewnątrz¹⁹⁹. Jeżeli dana osoba wypoczywa poprzez pracę i dojdzie do zakłócenia jej aktywności, to z pewnością nie podzielilibyśmy twierdzenia, że naruszyliśmy jej „prawo do wypoczynku”. Poszkodowany w ten sposób z kolei gotów byłby stanowczo zaprzeczyć, że doszło do naruszenia jego „prawa do aktywności zawodowej”. Nigdy nie bylibyśmy w stanie stwierdzić, które konkretnie dobro zostało naruszone i czy do naruszenia w ogóle doszło.

Dobro osobiste składa się *de facto* z dwóch „elementów”: posiadanej wartości i prawa żądania od innych jej poszanowania. Wypoczynek nie odpowiada właściwie żadnemu z nich. Nie jest czymś, co człowiek „ma”, a jedynie tym, co człowiek „robi”. Jest zatem po prostu formą aktywności ludzkiej, taką samą jak: praca, sen, śmiech etc. Odmowa zatrudnienia nie narusza przecież niczyjego „prawa do pracy”, jeżeli jest natomiast motywowana bezzasadnymi uprzedzeniami, możemy jedynie powiedzieć, że pracodawca naruszył godność pracownika. Jeżeli z powodu hałasującego sąsiada obudzimy się w środku nocy, powoływanie się na fakt naruszenia dobra osobistego w postaci „prawa do snu” byłoby absurdalne; możemy mówić co najwyżej o naruszeniu szeroko pojętej nietykalności mieszkania.

Można ostatecznie twierdzić, że człowiekowi przypisana jest ogólnie pojęta swoboda działania w różnych kierunkach. Gdyby jednak kwalifikować tego rodzaju wolność aktywności jako dobro osobiste, szczególna ochrona dóbr traciłaby swój szczególny charakter, a dotychczasowe osiągnięcia doktryny w tym zakresie okazałyby się zupełnie nieaktualne. Dobrem osobistym byłoby prawo do biegania, śpiewania, czytania, uczenia się, jedzenia i tak *ad infinitum*. Warto ponadto podkreślić, że kreację dóbr osobistych warunkowałyby jedynie wola człowieka²⁰⁰. Naruszeniem

¹⁹⁹ Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że zmarnowany wypoczynek jest tożsamy z naruszeniem zdrowia człowieka (tak J. Łuzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, *op. cit.*, s. 339); tego rodzaju pogląd byłby być może właściwy jedynie w sytuacjach najbardziej rażących naruszeń.

²⁰⁰ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 91. Autor stwierdza stanowczo, że nie jest możliwa pełna subiektywizacja pojęcia dobra osobistego; o ile indywidualne oceny mogą mieć wpływ na stopień naruszenia, o tyle

dobra osobistego byłoby każde zakłócenie procesu realizowania woli określonego podmiotu. Takie zakłócenia są jednak zjawiskiem powszechnym, akceptowanym i naturalnym, gdyż wynikają z konieczności współistnienia człowieka w społeczeństwie.

Nie negując zasadności poszerzania katalogu dóbr osobistych związanego z potrzebą ochrony przed „nieodpowiedzialnym korzystaniem z wolności będącej darem ustroju demokratycznego”²⁰¹, należy jednak zachować pewną konsekwencję i każdorazowo poszukiwać pozytywnej odpowiedzi na pytanie: czy taka wartość jest człowiekowi właściwa, czy ma on jedynie po prostu swobodę korzystania z niej?

Drugim problemem, jaki wiąże się z niepoohamowanym poszukiwaniem w określonych dobrach pierwiastków dóbr osobistych, jest kwestia bezprawności naruszenia. W zdecydowanej większości przypadków zachowanie sprawcy nie polegałoby wcale na sprzeczności z nakazem lub zakazem wyrażonym w ustawie, a naruszeniu zasad współżycia społecznego. Sama sprzeczność z powszechnie przyjętymi normami społecznymi nie może determinować treści katalogu dóbr osobistych. Wydaje się bowiem, że właściwy byłby odwrotny proces — dopiero stwierdzenie naruszenia takiego dobra pozwala zastanawiać się, która ewentualnie reguła społeczna została pogwałcona, tym samym, czy naruszenie takie spełnia przesłanki bezprawności powszechnej.

Nie należy ponadto zapominać, że konsekwencją zbyt liberalnego traktowania określonych dóbr jako osobistych byłoby jednoznaczne przyznanie poszkodowanemu także niemajątkowych środków ochrony, jakimi są: roszczenie o zaniechanie oraz usunięcie skutków, również w przypadku zagrożenia naruszenia dobra. Ostatecznie, stosunek kontraktowy podlegałby ochronie równie silnej jak wypadki najbardziej rażących naruszeń deliktowych. Tego rodzaju efekt z pewnością nie był zamiarem ustawodawcy. (Kodeks zobowiązań na przykład nakreślał zakres majątkowej ochrony dóbr osobistych bardzo wąsko, przyznając prawo do zadośćuczynienia jedynie dla enumeratywnie wskazanych sytuacji).

Wbrew wyżej przytoczonej krytyce, słuszne wciąż wydają się głosy polemizujące ze stanowiskiem niepełnej realizacji kompensacyjnej funkcji odszkodowania, odnoszącej się również do uszczerbków niemajątkowych²⁰². Nie budzi także szczególnego sprzeciwu możliwość stosowania art. 448 k.c. (względnie art. 445 k.c.) w tych sytuacjach, w których zachowanie dłużnika polegające na świadczeniu wadliwym lub jego braku stanowi równocześnie (jako ten sam czyn) delikt cywilnoprawny będący naruszeniem dobra osobistego poszkodowanego wierzyciela²⁰³.

Pojawiła się także propozycja „wyjęcia przepisów regulujących ochronę majątkową dóbr osobistych z poświęconego czynom niedozwolonym tytułu VI

nie powinny decydować o tym, czy doszło do naruszenia dobra osobistego. Tym bardziej nie stanowią wyłącznej wskazówki dla kwalifikacji, co jest takim dobrem.

²⁰¹ Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna*, s. 157.

²⁰² R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 29.

²⁰³ M. Ciemieński: *Naprawienie uszczerbku...*, *op. cit.*, s. 361–362; M. Safjan: *Naprawienie krzywdy...*, *op. cit.*, s. 277.

w księdze trzeciej kodeksu cywilnego”²⁰⁴. Podniesiono bowiem, że taki zabieg legislacyjny pozwoliłby skuteczniej chronić wartości niemajątkowe z pominięciem ograniczeń wynikających z regulacji deliktowych. Niestety, problem ze wspomnianymi rygorami nie wynika wcale z faktu, że art. 448 k.c. systemowo odnosi się jedynie do czynów niedozwolonych. Jeżeli bowiem zachowanie dłużnika narusza dobro osobiste, to bezprawność takiego działania czy zaniechania może mieć wyłącznie bezwzględny charakter, a wówczas nic nie stoi na przeszkodzie stosowania norm deliktowych, co znajduje swoje bezpośrednie uzasadnienie w treści art. 443 k.c.²⁰⁵ Nie można chyba w ogóle mówić o relatywnej bezprawności naruszenia dobra osobistego. Pod tym względem nie do pogodzenia jest odpowiedzialność kontraktowa z konstrukcją dóbr osobistych. M. Ciemiński stwierdza, że zakres ochrony danego dobra osobistego może być modyfikowany umową stron²⁰⁶. Prowadziłoby to niekiedy do sytuacji, w której to wola stron kreuje dobro osobiste²⁰⁷. Pozostaje jednakowoż zapytać: jaki jest sens odwoływania się do instytucji dobra osobistego, skoro strony mogą po prostu skorzystać z dyspozytywnego charakteru art. 361 § 2 k.c. i najwyczajniej poszerzyć zakres odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika również na uszczerbki o charakterze niemajątkowym, tym samym dochodzić rekompensaty w ramach reżimu kontraktowego, o czym była już zresztą dwukrotnie mowa.

Prawdziwym dylematem natomiast jest odpowiedź na pytanie, czy naruszone dobro jest w istocie dobrem osobistym. Wielu autorów podnosi, że pełniejsza kompensacja uszczerbków niemajątkowych jest możliwa dzięki szerszemu stosowaniu przepisów o majątkowej ochronie dóbr osobistych, tym samym, bardziej twórczym wykorzystaniu istniejących dóbr i uznaniu istnienia nowych²⁰⁸.

Wypada jednak zastanowić się i, niestety — wątpić, czy konstrukcja dobra osobistego powinna być „wentylem bezpieczeństwa”, który miałby służyć sądom celem rozwiązywania problemów przemilczanych czy też nieprzewidzianych przez ustawodawcę; czy art. 23 k.c. ma spełniać funkcję mechanizmu „ostatniej szansy”,

²⁰⁴ J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 341–342.

²⁰⁵ Do takiego wniosku ostatecznie dochodzi także M. Ciemiński: *Naprawienie uszczerbku...*, *op. cit.*, s. 364.

²⁰⁶ M. Ciemiński: *Naprawienie uszczerbku...*, *op. cit.*, s. 362. Przykład zezwolenia na naruszenie dobra osobistego nie dotyczy jednak problemu umownego wyłączenia ochrony, ale sytuacji, w której owo naruszenie nie będzie bezprawne. Jednocześnie nie dojdzie również do powstania szkody niemajątkowej, skoro naruszenie pozostaje w zgodzie z wolą zezwalającego.

²⁰⁷ Nawet w sytuacji, w której strony zobowiązują się do nienaruszania dobra osobistego w stopniu większym, niż to wynika z powszechnie obowiązujących norm, tego rodzaju postanowienie prowadziłoby do absurdalnych konsekwencji. Dobro niemajątkowe chronione byłoby w stosunku obligacyjnym w sposób bezwzględny, również wobec niewielkiego stopnia naruszenia, nie wiedzieć czemu silniej niż dobra majątkowe, z intensywnością równą ochronie dóbr naruszonych zachowaniem powszechnie bezprawnym. Godząc się na takie rozwiązanie, ustawodawca zapewne szybko stanąłby w obliczu kazusu liberalnej w zakresie ochrony dóbr niemajątkowych Francji. M. Safjan (w:) *Naprawienie krzywdy...*, *op. cit.*, s. 270, konstatuje, że sięganie do odpowiedzialności deliktowej w takich sytuacjach wydaje się „sztuczne”, a powiązania umowne nie powinny prowadzić ani do poszerzenia ochrony udzielonej w systemie dobrom osobistym, ani też do zmiany treści praw osobistych.

²⁰⁸ M. Ciemiński: *Naprawienie uszczerbku...*, *op. cit.*, s. 364.

dającego nadzieję na rekompensatę w sytuacji, gdy *de lege lata* wprost nie da się określonego uszczerbku naprawić²⁰⁹.

2.2.2. TREŚĆ STOSUNKU UMOWNEGO A KLAUZULA ZASAD WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO

Propozycja uznania jako prawnie relewantnego również względnie bezprawnego naruszenia dóbr osobistych²¹⁰ spotkała się ze zdecydowaną krytyką R. Trzaskowskiego²¹¹. Autor polemizuje w przekonujący sposób z poglądem, jakoby można było w ogóle mówić o względnie bezprawnym naruszeniu dobra osobistego, podkreślając jednocześnie, że niezależnie od faktu, czy strony regulowały tę kwestię umownie, naruszenie takie zawsze ma walor bezprawności powszechnej. Sama zaś zgoda na naruszenie dobra osobistego²¹² strony wyłącza bezprawność również w sensie bezwzględnym (naruszenie ma bowiem charakter powszechnie bezprawny jedynie wówczas, gdy nastąpiło wbrew woli, również domniemanej, poszkodowanego). Jednocześnie R. Trzaskowski podkreśla, że nawet niezwykle liberalna wykładnia art. 23 k.c. nie pozwoli na zakwalifikowanie jako dóbr osobistych niektórych interesów niemajątkowych. Nie oznacza to bynajmniej, że owe interesy nie są godne ochrony cywilnoprawnej²¹³.

Propozycja Trzaskowskiego wskazuje na możliwość wykorzystania pewnych możliwości, jakie drzeмиą w nieostrej treści art. 56 k.c. Zgodnie ze znaczeniem normy, umowa stron wywołuje różnorakie skutki, których strony stosunku nie zawsze muszą być świadome, a mianowicie:

- a) skutki bezpośrednio w umowie wyrażone,
- b) skutki wynikające z przepisów ustawy (zarówno tych o charakterze imperatywnym, jak i dyspozytywnym, jeżeli strony nie uregulowały określonej kwestii w sposób odmienny),
- c) skutki wynikające z ustalonych zwyczajów,
- d) skutki wynikające z zasad współżycia społecznego.

Autor zatrzymuje się dłużej nad tymi ostatnimi, sugerując, że z zasad współżycia społecznego wynika możliwość „przyjęcia odpowiedzialności dłużnika za

²⁰⁹ M. Nesterowicz: *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, proponuje *de lege ferenda* stosowanie art. 444–449 k.c. jedynie „odpowiednio” w reżimie kontraktowym dla wypadków szkody na osobie. Rozwiązanie takie pozwala na uniknięcie sztucznych zabiegów związanych z „poszukiwaniem” wśród naruszonych interesów dobra osobistego, celem umożliwienia sięgnięcia do art. 448 k.c.; rodzi jednakże obawy związane z pytaniem, co miałyby oznaczać takie „odpowiednie” stosowanie, nie wyczerpuje również problemu naruszenia istotnych interesów niemajątkowych, które nie wiązały się ze szkodą na osobie.

²¹⁰ M. Ciemieński: *Naprawienie uszczerbku...*, *op. cit.*, s. 388–389.

²¹¹ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 32 i n.

²¹² M. Safjan: *Naprawienie krzywdy...*, *op. cit.* Autor uważa, że w przypadku niektórych dóbr osobistych strony mogą umownie regulować to, czy i w jakim stopniu doszło do naruszenia dobra osobistego.

²¹³ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 36.

krzywdę także w ramach reżimu kontraktowego, nawet w braku wyraźnego zastrzeżenia umownego”²¹⁴. Rzeczywiście, pewną zaletą proponowanego rozwiązania jest objęcie ochroną interesów dotychczas niechronionych już *de lege lata*. Koncepcja odpowiadałaby jednocześnie tym stosunkom umownym, które ze względu na szczególny charakter w znacznym zakresie są determinowane zasadami współżycia społecznego²¹⁵. Ponadto, naprawienie szkody poddane byłoby cały czas reżimowi kontraktowemu, tym samym, realizacja postulatu pełniejszej kompensaty doznanych uszczerbków w oferowany sposób nie prowadziłaby do zacierania granic pomiędzy bezprawnością powszechną a naruszeniem norm skutecznych jedynie *inter partes*.

Jednakowoż opisane rozwiązanie budzi pewne wątpliwości i niestety przekonanie o jego zaledwie doraźnej skuteczności i stosowalności. Przede wszystkim tego rodzaju ujęcie prowadzi do sprzeczności: z jednej bowiem strony, brak wyraźnego uregulowania przez strony kwestii zakresu odpowiedzialności²¹⁶ uruchamia skutek określony w art. 361 § 2 k.c. („czynność prawna wywołuje skutki [...], które wynikają z ustawy”), z drugiej zaś, z zasad współżycia społecznego może wynikać, że poszkodowany zasługuje na rekompensatę w szerszym zakresie. Nawet w sytuacji, gdy strony uświadamiają sobie szczególny charakter łączącego je stosunku i fakt, iż pewne wartości społeczne wymagają szerokiej kompensaty poniesionego uszczerbku, to rezygnacja z wyraźnego określenia zakresu przedmiotowej odpowiedzialności i tak uruchomi skutek wyrażony w § 2 art. 361 k.c. Trudno jednocześnie wskazać kryteria, na podstawie których sąd mógłby uznać pierwszeństwo zasad współżycia społecznego nad normami dyspozytywnymi, które przecież stały się dla stron wiążące w stopniu nie mniejszym niż normy bezwzględnie obowiązujące²¹⁷. Wreszcie, skoro można wykreować prawo do rekompensaty na podstawie samych zasad współżycia społecznego, to tym samym umowa wprost takie postanowienie wyłączająca byłaby, przynajmniej częściowo, nieważna (art. 58 § 2 k.c.).

Ostatecznie, gdyby uznać, że sąd miałby w zakresie takiej oceny pewną swobodę, istnienie władzy dyskrecjonalnej sądu zawsze wpływa na zmniejszenie pewności obrotu, co zresztą podkreśla sam autor²¹⁸. Jednocześnie nasuwa się pewna refleksja z pogranicza sfery normatywnej i pobudek, jakimi kierują się strony stosunku umownego: taka niepewność powodowałaby, że potencjalny sprawca wołał-

²¹⁴ Tamże.

²¹⁵ Na przykład umowy o świadczenia medyczne.

²¹⁶ Tego rodzaju postanowienie należy kwalifikować jako *naturalia negotii*, niezależnie od tego, czy strony wprost odniosły się do kwestii odpowiedzialności, czy też w braku postanowienia stron element odpowiedzialności jest elementem stosunku prawnego, lecz znajduje się poza treścią samej czynności prawnej. Zob. G. Bieniek, H. Cieplą, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, op. cit.*, s. 219; Z. Radwański (w.): *System prawa prywatnego*, pod red. Z. Radwańskiego, t. 2, Warszawa 2002, s. 260–261.

²¹⁷ Różnica między jednymi i drugimi polega jedynie na tym, iż w przypadku norm dyspozytywnych, strony mają możliwość uregulowania danej kwestii inaczej. Sens tej różnicy wyraża się zatem „na przedpolu” zawarcia umowy, w chwili składania wiążących oświadczeń woli, poprzez odmienne rozstrzygnięcie ewentualnej kolizji pomiędzy postanowieniem umownym a regulacją ustawową.

²¹⁸ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 39.

by wprost wyłączyć możliwość kompensowania szkód niemajątkowych wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W sytuacji istnienia skutecznego wyłączenia odpowiedzialności w drodze postanowienia umownego nie budzi wątpliwości fakt, że sąd nie ma w zasadzie możliwości orzeczenia w sposób sprzeczny z wyraźną treścią umowy jedynie na podstawie zasad współzycia społecznego²¹⁹. Nie znosi jednocześnie krytyki twierdzenie, jakoby istniała różnica w stopniu mocy wiążącej postanowień umownych i przepisów dyspozytywnych, które, w braku tych pierwszych, znajdują zastosowanie.

Akceptacja rozwiązania dawałaby sądom kompetencje do podważenia skuteczności umowy, poprzez konstatację, że ze względu na zasady współzycia społecznego należy konsekwencje jej zawarcia określać inaczej. Jednocześnie w elementarnym stopniu pogwałcono by zasadę rozstrzygającego znaczenia wspólnego zamiaru stron, które to kryterium wykładni umów ma walor nadrzędności nad pozostałymi²²⁰. Tego rodzaju system zezwalałby na znoszenie wszelkich reguł normatywnych, kierując się priorytetem ogólnie pojętej zasady słuszności i sprawiedliwości społecznej. I choć prawo stanowione powinno w zamyśle zmierzać do pełnej realizacji *Grundnorm*²²¹, to oczywisty jest również fakt, że istnienie olbrzymiej liczby sprzeczności interesów nie pozwala i nie pozwoli niestety nigdy na osiągnięcie stanu powszechnego zadowolenia z decyzji ustawodawcy i sądów.

Właśnie z powyższych względów judykatura zasadniczo rezygnowała z twórczego, szerokiego stosowania art. 56 k.c., nie znajdując podstaw do hierarchizacji w ramach określonych w normie czynników (te bowiem często pozostają w sprzeczności²²²): postanowień ustawy, ustalonych zwyczajów, zasad współzycia społecznego. Równolegle nie sposób oprzeć się wrażeniu, że ograniczenie odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy jedynie do sytuacji deliktowych było świadomym (co nie znaczy, że słusznym i uniwersalnym) wyborem ustawodawcy. Coraz powszechniejsze

²¹⁹ Skorzystanie przez strony z dyspozytywnego charakteru normy może co prawda być sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, tym samym prowadzić do nieważności postanowień umownych, jednak takie przypadki będą należały do rzadkości (strony stosunku świadomie wyrażają zgodę na związanie się umową takiej treści). W tym przypadku nie chodzi jednak o to, czy określona czynność jest ważna z punktu widzenia treści art. 58 § 2 k.c. Należy zastanowić się jedynie, czy przy założeniu skuteczności wszystkich postanowień czynność ta mogła wywołać skutek, o jakim wspomina autor. Nie zawsze jest bowiem tak, że jeżeli z zasad współzycia społecznego wynika potrzeba rekompensaty, to umowne zastrzeżenie ograniczające odpowiedzialność jest z tymi zasadami sprzeczne. Ponadto, takie postanowienie byłoby zasadniczo zbiczne z literalnym znaczeniem art. 361 § 2, trudno więc zaiste podtrzymywać, by pozostawało w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego.

²²⁰ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, op. cit., s. 147.

²²¹ Rozumianą po kantowsku, w przeciwieństwie jednak do dynamicznej teorii normatywistycznej H. Kelsena, wypełnioną, jak w systemach statycznych, określoną treścią, jako dyrektywę w rodzaju: „Prawo powinno dążyć do realizacji dobra powszechnego”. Zob. J. Stelmach, R. Sarkowicz: *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 47.

²²² Często jest tak, że określona umowa okazuje się dla strony niekorzystna ze względu na jej niedoświadczenie czy pozycję ekonomiczną. Jeżeli jednak taka sytuacja kontraktowa nie spełnia przesłanek wyzysku czy abuzywności, to trudno forsować tezę, że strony umówiły się jednak inaczej ze względu na zasady współzycia społecznego, o których mowa w art. 56 k.c.

są głosy domagające się zmian w rozważanym zakresie, jednakże biorąc pod uwagę kształt obecnego ustawodawstwa, sytuacja *de lege lata* nie nastraja optymizmem.

Trzaskowski podnosi, że realizacja formułowanej propozycji wymagałaby dodatkowych ograniczeń, szkoda musiałaby być dostatecznie poważna, z wyłączeniem niedogodności, jakie towarzyszą życiu codziennemu. Jednocześnie autor zaznacza: „uzupełnienie woli stron o wskazania wynikające z zasad współżycia społecznego powinno być ograniczone do tych przypadków, w których celem umowy jest zrealizowanie szczególnych interesów niemajątkowych i w których brak odpowiedzialności za krzywdę czyniłby ochronę interesów wierzyciela iluzoryczną”²²³. Wypadałoby zatem poszukać, abstrahując od wcześniej naszkicowanych wątpliwości, rozstrzygnięcia po pierwsze, na podstawie jakiej zasady współżycia społecznego orzekałby sąd, uwzględniający roszczenie o naprawienie uszczerbku niemajątkowego, po drugie zaś, czy w istocie powinno być tak, że tego rodzaju roszczenie wydaje się prakseologicznie uzasadnione tylko i wyłącznie z uwagi na treść zasad współżycia społecznego²²⁴.

Należy przede wszystkim podkreślić, że istnieje olbrzymia liczba norm moralnych, obyczajowych, które można by uznać za społecznie doniosłe i powszechnie uznane w kulturze naszego społeczeństwa jako wartości, będące dziedzictwem i składnikiem kultury europejskiej²²⁵, przy czym stopień ogólności ich formułowania jest bardzo różny. Oczywiście, z pewnością za społecznie aprobowaną należałoby uznać zasadę rzetelnego i terminowego wykonywania zobowiązań. Tego rodzaju twierdzenie zdawałoby się jednak iść zdecydowanie za daleko i godziłoby bezpośrednio w pewność prawa. Trybunał Konstytucyjny uznał co prawda, że nakaz uwzględniania zasad współżycia społecznego nie narusza ani konstytucyjnych praw jednostki, ani dyrektywy pewności obrotu prawnego ze względu na nieprzewidywalność linii oceniania w procesie stosowania art. 5 k.c.²²⁶ Wypada jednakże przypomnieć nie tylko fakt, iż sądy bardzo powściągliwie uwzględniały zarzut z art. 5 k.c., ale również okoliczność, że art. 5 k.c. jest jedynie środkiem obrony jednostki, natomiast twórcza wykładnia treści umowy w oparciu o art. 56 k.c. prowadziłyby do przyznania jednostce roszczeń konstruowanych jedynie na podstawie zasady współżycia społecznego.

Gdybyśmy z kolei spróbowali formułować zasady współżycia społecznego w sposób węższy, bardziej precyzyjny, to z pewnością wiele przypadków tzw. *undercompensation* nie godziłoby wcale w żadną zasadę współżycia społecznego. Świetnym przykładem jest tutaj prezentowany wcześniej²²⁷ kasus Forsyth v. Ruxley, gdzie poszkodowanym w sensie niemajątkowym był zamożny prawnik, uszczerbek

²²³ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 38.

²²⁴ Zob. U. Walczak: *Uwagi...*, op. cit., s. 123.

²²⁵ Z. Radwański: *System...*, op. cit., s. 240.

²²⁶ Wyrok TK z dnia 17 października 2000 r., SK 5/99 (OTK 7/00, s. 254).

²²⁷ Zob. rozdział 2.5 (TPP 1/2007).

zaś polegał na utracie *consumer surplus*. Izba Lordów ostatecznie uznała, że odszkodowanie (w mniejszej niż żądana kwocie) powodowi przysługuje, inna była również ostateczna kwalifikacja prawna, zaś piśmiennictwo brytyjskie okrzyknęło żądanie powoda „ekscentrycznym”.

Podsumowując, propozycja korzystania z ogólnie ujętej treści art. 56 k.c. wydaje się dalece niedoskonała. Powoływanie się przez sądy na klauzule generalne zawsze budzi pewne wątpliwości. Z drugiej strony można by rzec, że temu właśnie łagodzeniu surowości norm służyć ma funkcjonowanie klauzul generalnych w systemie prawnym. Ostatecznie jednak, kreowanie prawa podmiotowego po stronie poszkodowanego na podstawie kryteriów pozanormatywnych, nawet w sytuacjach usprawiedliwionych szczególnymi okolicznościami, często w sposób sprzeczny z treścią przepisów o charakterze *ius dispositivum*²²⁸, wiąże się z ryzykiem powstania stanu, w którym strona umowy nie potrafi ocenić, nawet przy zachowaniu najwyższej zapobiegliwości, jakie *de facto* skutki wywarła dokonana przez nią czynność. Wykazana sprzeczność pozwala wręcz wątpić, czy proponowane przez R. Trzaskowskiego rozwiązanie jest rzeczywiście *de lege lata* osiągalne.

2.2.3. ARTYKUŁ 471 K.C.

Treść art. 471 k.c. w tradycyjnym ujęciu jest uzupełniana i determinowana treścią ogólnych przepisów o zobowiązaniach, tj. art. 353 k.c. i n., w tym również § 2 art. 361 k.c.²²⁹, o którym była szczegółowo mowa w poprzednim rozdziale. Aktualnie rozważano jednak możliwość skonstruowania roszczenia o zadośćuczynienie w oparciu o art. 471 k.c., ze wskazaniem, że reguluje on odpowiedzialność zarówno za szkodę majątkową, jak i niemajątkową²³⁰.

Wyprzedzając dalsze rozważania, trzeba podkreślić, że propozycja szerokiej wykładni pojęcia szkody na gruncie art. 471 k.c. wydaje się najbardziej chwiejna i najsłabiej uargumentowana ze wszystkich prezentowanych koncepcji *de lege lata* osiągalnych²³¹.

Przed wszystkim podnosi się, że sam przepis nie precyzuje pojęcia szkody, skoro zatem brak jednoznacznego odniesienia się do określonego rodzaju uszczerbku, można by uznać, że nie ma w zakresie przedmiotowej odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika kontraktowego żadnych ograniczeń. Tego rodzaju wykład-

²²⁸ Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 września 1987 r. (OSN 1989, poz. 80): „z powołaniem się na zasady współzycia społecznego nie można ani podważać, ani modyfikować wyraźnych dyspozycji przepisów prawnych”.

²²⁹ Z. Radwański: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 282; J. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2004, s. 1206; A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 75.

²³⁰ J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 332.

²³¹ J. Luzak i K. Osajda ostatecznie uznają, że: „bezpieczniejszym rozwiązaniem problemu byłaby rezygnacja z całkowitej reinterpretacji art. 471 k.c., tj. pozostawienie co do zasady możliwości dochodzenia roszczeń na podstawie tego przepisu jedynie za doznane szkody majątkowe (...)”.

nia, zdaniem J. Luzak i K. Osajdy, pozwalałaby na rekompensaty w zgodzie z prawem europejskim tam, gdzie ustawodawca wspólnotowy tego wymaga²³², jednocześnie jednak swoista rewolucja interpretacyjna groziłaby chaosem, jeżeli chodzi o pozostałe stosunki umowne, również te, które w znikomym stopniu są predestynowane do bycia źródłem uszczerbków niemajątkowych²³³.

Niestety, tego rodzaju interpretacja, aczkolwiek pozwalająca na szerszą realizację w uzasadnionych przypadkach kompensacyjnej funkcji normy, stoi w elementarnej sprzeczności z zasadami wykładni systemowej. Brak niestety argumentów, które stałyby za odmową stosowania § 2 art. 361 k.c. i, wbrew twierdzeniom autorów, również z teoretycznego punktu widzenia, rozwiązanie takie wydaje się nie najszcześniejsze i raczej niedopuszczalne²³⁴.

Wspomniane ryzyko chaosu wydaje się realne wobec braku jakichkolwiek ograniczeń odpowiedzialności, stąd sądy skazane byłyby na borykanie się z roszczeniami w sytuacjach, gdy uszczerbek niemajątkowy w ogóle nie powstał bądź był nieznaczny, choć pewne możliwości wobec konieczności ograniczania roszczeń stwarza przesłanka adekwatnej przyczynowości. Niemniej, ze względów czysto procesowych, uwzględniając zasadę związania sądu żądaniem pozwu: „brak wyraźnej normy dopuszczającej kompensatę szkody niemajątkowej może prowadzić do sytuacji, w której strona odszkodowania takiego w ogóle nie będzie się domagać”²³⁵.

2.3. PERSPEKTYWY ZMIAN — NORMATYWNE „JUTRO”?

Metoda postulowanego poszerzenia zakresu odpowiedzialności przedmiotowej dłużnika kontraktowego może polegać bądź to, jak wyżej, na twórczej, liberalnej wykładni obowiązujących przepisów prawa, bądź to na wprowadzeniu zupełnie nowych norm kreujących roszczenie odszkodowawcze. Pierwsze rozwiązanie wydaje się szczególnie trafione w przypadku, gdy luźne ujęcie określonej normy umożliwia, przy jednoczesnym braku systemowych sprzeczności, tworzenie nowych kierunków w orzecznictwie. Niewątpliwie, największą rolę odgrywa w takim przypadku „prawotwórcza” działalność sądów.

Drugie rozwiązanie pozwala na ogórne wprowadzenie pewnych obwarowań prawnych w sytuacji, gdy istnieje ryzyko nadużyć. Pozostaje również najbardziej prawidłowym wyjściem z impasu *undercompensation* w tych systemach, które nie dają perspektyw dla odmiennej niż dotychczasowa wykładni, bądź poprzez precy-

²³² Na przykład w zakresie umów turystycznych.

²³³ J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 334.

²³⁴ Inaczej kwestia taka wyglądałaby, gdyby, wzorem orzecznictwa francuskiego, ustawodawca zrezygnował z art. 361 § 2, wyłączając jednocześnie możliwość konkurencji roszczeń deliktowych z kontraktowymi. Zob. rozdział 2.3.2.

²³⁵ U. Walczak: *Uwagi...*, op. cit., s. 123.

zyjne ujęcie norm, bądź poprzez istniejące wewnętrzne sprzeczności pomiędzy rezultatem szerokiej interpretacji a innym zespołem norm, znajdujących kumulatywne zastosowanie w danej sytuacji faktycznej.

Wydaje się, że, wbrew pojawiającym się w doktrynie oryginalnym propozycjom rozwiązań, polski system prawny nie stwarza *de lege lata* sprzyjających warunków do generalnego uznawania roszczeń o rekompensatę uszczerbku niemajątkowego powstałego wyłącznie na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania.

Ponieważ jednak celem niniejszej pracy jest wykazanie zarówno potrzeby, jak i sposobu zmiany aktualnej sytuacji w omawianym zakresie, dalsze rozważania, oparte wcześniej poczynionymi ustaleniami i wnioskami, będą zmierzały do skonstruowania satysfakcjonującego mechanizmu, który poprzez nowelizację pozwoliłby na uzupełnienie pogłębiającej się aksjologicznej luki, jaką jest obojętność ustawodawcy wobec problemu niemajątkowej szkody kontraktowej.

2.3.1. UNIFORMIZM CZY DYFERENCJACJA?

W obecnym stanie prawnym, wobec skutków, wpływu orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner na polski system prawa cywilnego, mamy do czynienia ze szczególnie przychylnym potraktowaniem konsumenta usług turystycznych w stosunku do pozostałych typów umów, jeżeli chodzi o możliwość rekompensaty uszczerbku o charakterze niemajątkowym. Kształt ustawodawstwa prowadzi obecnie do pewnego chaosu, który okazuje się o tyle niedostrzegalny, że dotyczy zaledwie niewielkiej liczby ogółu zawieranych stosunków umownych. Istnieje jednakże ryzyko, w skali niemożliwej do przewidzenia, powielenia w przyszłości sytuacji, jaka nastąpiła w wyniku prawotwórczego orzeczenia Trybunału. Poprzez uniformizm rozumiemy zatem dążenie do objęcia jednolitą regulacją zasad odpowiedzialności możliwie jak największej grupy stosunków umownych dla podobnych sytuacji, dyferencjacja z kolei oznacza tendencję do różnicowania owych zasad z silnym uwzględnieniem specyfiki i różnorodności tych stosunków²³⁶.

Od razu należy dodać, że pojęcia uniformizmu ustawodawczego i dyferencjacji nie mają charakteru zupełnie przeciwnego. Wydaje się nawet, że wybór metody jest warunkowany nie tylko istniejącym już zróżnicowaniem poszczególnych typów stosunków obligacyjnych, co raczej funkcją kreowanej instytucji, jaka miałaby te stosunki regulować. Z punktu widzenia celu regulacji może więc okazać się, że pełny uniformizm jest niepotrzebny, a nawet szkodliwy, wzięwszy pod uwagę ryzyko nadużyć. Skonstruowanie pomyślanej normy, która czyniłaby zadość situa-

²³⁶ Terminologia zaczerpnięta została z: *Prawo pracy*, pod red. K. Barana, Zakamycze 2005, s. 40.

cjom *undercompensation*, wymaga odpowiedzi na pytania, po pierwsze: na ile możliwy jest uniformizm takiej regulacji pod względem podmiotowym?, po drugie: na ile możliwy jest uniformizm przedmiotowy?, wreszcie: na podstawie jakich kryteriów wymagana jest dyferencjacja zasad odpowiedzialności kontraktowej w zakresie rekompensaty uszczerbków niemajątkowych?

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że aktualnie obowiązująca dyferencjacja stanu prawnego nie jest uzasadniona ani z punktu widzenia funkcji odszkodowania, ani też z uwagi na cel samej umowy o imprezę turystyczną. Można pokusić się o stwierdzenie, że ma ona charakter zupełnie przypadkowy²³⁷. Obecnie postuluje się nawet nowelizację dyrektywy 90/314 w części dotyczącej obowiązku odszkodowawczego tak, by uwzględniono wprost roszczenie odszkodowawcze za zmarnowany urlop²³⁸ oraz w zakresie definicji konsumenta, która, w opinii większości, jest zbyt szeroka i odbiega od przyjętej w pozostałych dyrektywach konsumenckich konwencji²³⁹.

Nie powielając obszernych rozważań z rozdziału 2 (TPP 1/2007) niniejszej pracy, korzystając jednocześnie z ich rezultatów, warto skonstatować następująco:

- a) Podmiotowa regulacja obowiązku odszkodowawczego powinna mieć charakter względnie jednolity. O ile bowiem, jak wykazano, osoba prawna może być w wyjątkowych sytuacjach poszkodowanym w sensie niemajątkowym²⁴⁰, o tyle, z punktu widzenia kompensacyjnej funkcji odszkodowania, znikomej liczby takich przypadków i szczególnie wysokiej częstotliwości występowania kontraktowej szkody niemajątkowej w stosunkach jednostronnie profesjonalnych, za uzasadnione należy uznać ograniczenie możliwości kompensaty jedynie do grupy konsumentów. Oczywiście, zważywszy na podmiotowy zasięg dyrektywy 90/314, taki zabieg prowadziłby do braku koherencji z regulacją europejską, jednak, jak podniesiono wyżej, istnieją poważne zastrzeżenia wobec konstrukcji definicji konsumenta w samej dyrektywie. Trudno jednocześnie wyobrazić sobie sytuację, w jakiej odszkodowania za zmarnowany urlop domagałby się przedsiębiorca²⁴¹. Nie istnieją równocześnie w systemach obcych, poza przykładem Kanady i regulacji UNIDROIT, tendencje, które wskazywałyby na poszerzanie podmiotowego zakresu odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy poza krąg konsumencki.

²³⁷ Orzeczenie w sprawie Leitner było niemałym zaskoczeniem dla wielu państw Wspólnoty, większość bowiem transponowała dyrektywę literalnie, roszczenie odszkodowawcze za „zmarnowane wakacje” przyznano turystom wprost jedynie w Danii, gdzie, wbrew regułom ogólnym, może on domagać się rekompensaty za istotne niewygody związane z wadliwym świadczeniem. Zob. E. Łętowska: *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 330; H. Schulte-Nölke: *EC Consumer Law...*, *op. cit.*, s. 312.

²³⁸ H. Schulte-Nölke: *EC Consumer Law...*, *op. cit.*, s. 206.

²³⁹ Tamże.

²⁴⁰ Chodzi tu na przykład o utratę spodziewanego wzrostu renomy, zob. rozdział 2.4 (TPP 1/2007).

²⁴¹ Musiałby to być przypadek, w którym odpoczynek mieści się w zakresie gospodarczej lub zawodowej działalności takiego podmiotu.

b) Pożądana okazuje się dyferencjacja zasad odpowiedzialności z punktu widzenia treści łączącego strony stosunku prawnego; nie wydaje się jednocześnie uzasadnione ograniczanie możliwości kompensaty wyłącznie do jednego typu umów (obecnie jest to wyłącznie umowa o imprezę turystyczną). Korzystając raz jeszcze z rezultatów prac Izby Lordów nad problemem kontraktowej szkody niemajątkowej, należy stwierdzić, że odszkodowanie powinno być przyznane w sytuacji, gdy przyjemność, odpoczynek i spokój wewnętrzny były zasadniczym celem umowy, bądź przynajmniej jej ważnym celem²⁴², obok innych. Wypada dodać, że cel ów ma mieć charakter typowy dla natury danego stosunku (przewidywalny). Podobnie będzie w sytuacji, gdy cel nietypowy był znany stronom umowy²⁴³. Powyższe ograniczenia wynikają jednocześnie z przesłanki istnienia adekwatnego związku przyczynowego; na podstawie celu umowy strona kontraktowa jest zatem w stanie przewidzieć ewentualność wystąpienia uszczerbku niemajątkowego. Fakt, czy osiągnięcie korzyści niemajątkowej czy też uniknięcie niemajątkowej straty było celem zasadniczym, jedynym czy też jednym z kilku istotnych celów umowy może natomiast rzutować na wysokość przyznanego odszkodowania. Brak jednocześnie istotnych argumentów, które uzasadniałyby dalsze rozróżnienia w obrębie „contracts with a mental benefit”²⁴⁴.

Oczywiście, dążenie do możliwie jak największej jednolitości regulacji uzasadnione jest również koniecznością tworzenia norm abstrakcyjnych i ucieczki od nadmiernej kazuistyki. W omawianej sytuacji zmiana może i powinna mieć charakter porządkujący. O ile, za głosem sceptyków, trwałe utrzymanie kodeksu cywilnego w sztywnych dotychczas ramach wydaje się coraz mniej prawdopodobne, o tyle nieuzasadnione funkcjonalnie rozbijanie zasad odpowiedzialności kontraktowej nie musi i nie powinno być jedną z przyczyn dekodyfikacji prawa cywilnego.

2.3.2. ROZWIĄZANIA OBCYCH PORZĄDKÓW PRAWNYCH W SYSTEMIE PRAWA POLSKIEGO

Nakreślone wyżej generalne, przedmiotowe i podmiotowe ramy odpowiedzialności dłużnika kontraktowego są pewną propozycją rozwiązania problemu *under-compensation* w polskim prawie umów; propozycją opartą na analizie praktyki i regulacji obcych porządków prawnych. Nie wydaje się jednocześnie, by społe-

²⁴² „it is required only that the major or important object of the contract is to give pleasure, relaxation or peace of mind”, *Hamilton-Jones v. David & Snape*, [2003] EWHC 3147 (Ch), [2004] 1 WLR 924.

²⁴³ Zob. przyp. 186 i 187.

²⁴⁴ Zob. R. Holmes: *Mental Distress...*, *op. cit.*; autorka podaje liczne przykłady umów, na które brytyjska Izba Lordów rozszerzyła wyjątek, stosowany pierwotnie jedynie wobec umów turystycznych (*holiday cases exception*): „These are the so called »holiday cases«, although the exception has been utilised in other situations. Under this exception damages have been awarded where the object of the contract was to provide pleasure, peace of mind or sentimental benefit”.

czeństwo polskie wykazywało w tym zakresie jakiekolwiek istotne różnice czy potrzeby, które należałoby uwzględnić. Oczywiście, można wyobrazić sobie określone sytuacje, które wciąż pozostawałyby poza zasięgiem postulowanej regulacji. Wypada jednakże przyjąć, że tego rodzaju przypadki miałyby znaczenie marginalne, stąd należy uznać za korzystniejsze ograniczenie regulacji do stosunków najbardziej predestynowanych z punktu widzenia prawdopodobieństwa wystąpienia szkody niemajątkowej. Pozwala jednocześnie na uniknięcie znanego praktyce francuskiej zjawisku nadużywania otwartej konstrukcji art. 1382 Code civil.

Brak tu miejsca na dalsze rozważania nad przyjętą w obcych porządkach prawnych metodą radzenia sobie z kontraktowym uszczerbkiem o charakterze niemajątkowym. Korzystając jednak ze zgromadzonego materiału²⁴⁵, można jedynie zastanawiać się, na ile przydatny okazuje się przykład prawnoporównawczy w dyskusji nad koncepcją i formą rozwiązania problemu szkody niemajątkowej wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Niemcy

Aktualna regulacja w systemie prawa polskiego jest bardzo zbliżona do rygorystycznego rozwiązania, na jakie zdecydował się ustawodawca niemiecki²⁴⁶. Wziawszy zatem pod uwagę samą konstrukcję roszczenia, czy też jego zakres, prawo niemieckie nie wydaje się przykładem pobudzającym do szczególnie twórczych rozwiązań.

Ten element, który wydaje się jednak kuszący, został wypracowany nie tyle w drodze ustawodawstwa, co poprzez praktykę sądów niemieckich. Do momentu wzbogacenia niemieckiego kodeksu cywilnego o normę § 651f, szkoda w postaci utraty korzyści niemajątkowej traktowana była jak uszczerbek o charakterze majątkowym²⁴⁷. W polskiej doktrynie pojawiały się głosy na rzecz komercjalizacji²⁴⁸, należy je jednak traktować jako odosobnione. Trudność w kwalifikowaniu omawianych uszczerbków jako majątkowych wynika nie tyle z przyjętej przez ustawodawcę koncepcji, ile z samej natury rzeczy. Jak wykazywano, koncepcja pełnej komercjalizacji ma wiele wad; nie sposób ostatecznie bowiem wskazać, kiedy spodziewana korzyść w sferze osobistej powinna być uznana za majątkową, a kiedy taki wniosek przeczy rzeczywistości.

²⁴⁵ Zob. rozdział 1.1.

²⁴⁶ Można jedynie zaznaczyć, że w zakresie samych usług turystycznych zdecydował się na to nieco wcześniej, bo już w roku 1979 (wówczas w BGB pojawił się § 651f).

²⁴⁷ H. Klatt: *Fremdenverkehrsrechtliche Entscheidungen*, t. IV, Köln–Berlin 1970, s. 151, za: M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 74; A. Zeuner: *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden*, *Archiv für die zivilistische Praxis* 1964, t. 163, s. 380.

²⁴⁸ T. Dybowski: *System...*, *op. cit.*, s. 237 i n. Zdaniem M. Nesterowicza (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, pod red. J. Rąbskiego, Warszawa 2004, s. 802, w kodeksie cywilnym brak podstaw do uznania utraconej przyjemności za uszczerbek majątkowy.

Szkoda niemajątkowa tego typu ma charakter niewątpliwie odmienny od uszczerbków typowych dla deliktu, pod pewnymi względami zasługuje jednak na rekompensatę, nie ze względu na zasady współżycia społecznego czy idee ogólnie pojętej słuszności, ale przede wszystkim z uwagi na rolę, jaką pełni na rynku stosunek obligacyjny, który stał się źródłem szkody. Spieniężanie tego rodzaju uszczerbku wydaje się jednak zabiegiem zbyt daleko idącym²⁴⁹.

Pomijając jednak zagadnienia natury faktycznej problematycznych uszczerbków, przyjęcie rozwiązania sądów niemieckich²⁵⁰ prowadziłoby rzecz jasna do stanu olbrzymiej niepewności prawa. Przede wszystkim, odszkodowanie za uszczerbek niemajątkowy w sytuacji, gdy łączył się on z utratą korzyści *de facto* niemajątkowej, miałoby w swojej wysokości zawsze wartość „przybliżoną”. Ponadto, tego rodzaju rozwiązanie nie wymaga wcale wyraźnej reakcji ustawodawcy²⁵¹, ponownie zatem podstawą dochodzenia odszkodowania jest art. 471 k.c. w zakresie wyznaczonym § 2 art. 361 k.c. Wprowadzenie odrębnego przepisu stanowiłoby *superfluum*, wprowadzenie natomiast jakichkolwiek ograniczeń rodziłoby uzasadnioną wątpliwość: skoro wszelkie doznane uszczerbki miałyby charakter majątkowy, to czemu niektóre z nich miałyby zasługiwać na mniejszą ochronę?

Wykształcenie w miarę jasnych zasad żądania rekompensaty wymagałoby w takiej sytuacji co najmniej kilku lat praktyki sądowej, choć i tak poszkodowany nie dysponowałby jednoznaczną podstawą żądania naprawienia szkody, stąd zapewne niejednokrotnie sąd odmówiłby przyznania takiej kwoty, argumentując decyzję tym, że dany uszczerbek nie był w ogóle czy też dostatecznie „majątkowy”. Wreszcie nie sposób jednoznacznie wskazać, jakie czynniki pozwalałyby w sposób niebudzący wątpliwości na oddzielenie przypadków majątkowych od niemajątkowych czy też „mieszanych”?

Francja

Recepcja francuskiej „wizji” kompensowania szkód niemajątkowych, będących rezultatem niewykonania zobowiązania, polegałaby na oparciu odpowiedzialności za szkodę na dwóch podstawowych założeniach nowelizujących:

- a) całkowitym zniesieniu ograniczeń, jakie wynikają z art. 361 § 2 k.c. (tak, by, wzorem art. 1382 Code civil, naprawieniu podlegał każdy rodzaj uszczerbku, majątkowy czy też niemajątkowy, na równych zasadach);
- b) wprowadzeniu zasady, na podstawie której źródło odpowiedzialności (umowa lub czyn niedozwolony) determinowałoby reżim, jakiemu podlega roszczenie

²⁴⁹ Tak A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 70.

²⁵⁰ Wydaje się, że przynajmniej w zakresie umów turystycznych, również na gruncie prawa niemieckiego brak już podstaw do uznania, by „utrata przyjemność wypoczynku” miała charakter majątkowy.

²⁵¹ Pod tym względem jest osiągalne już *de lege lata*.

odszkodowawcze — *non cumul* (tym samym, zniesienie zasady konkurencji z art. 443 k.c.).

Rzeczywiście, mieszanie reżimów odpowiedzialności odszkodowawczej, z jakim mamy coraz częściej do czynienia, a które jest wynikiem restrykcyjnego podejścia ustawodawcy do problemu kompensaty szkody niemajątkowej²⁵², jest zjawiskiem generalnie niekorzystnym. Jak podniesiono, z natury rzeczy wynika, że nie jest możliwe całkowite zatarcie granic pomiędzy umową a czynem niedozwolonym²⁵³. Stąd być może zasada konstruowana na wzór francuskiego *non cumul* wprowadziłaby na powrót pewien kategoriowy porządek w zakresie podległości danemu reżimowi.

Oczywiście, wraz ze zmianą znikłyby z kodeksu cywilnego, jako zbyt precyzyjne, normy art. 445 i 448 k.c., wraz ze wszystkimi swoimi ograniczeniami. Bez względu na podległość określonej reżimowi odpowiedzialności wymagałaby jednak pozostawienia art. 415 i 471 k.c. w dotychczasowej formie, bez podmiotowych czy przedmiotowych ograniczeń kompensaty²⁵⁴. W sytuacji bowiem, gdy niewykonanie zobowiązania faktycznie stanowiło równocześnie delikt cywilnoprawny, niezasadne byłoby ograniczanie roszczenia wyłącznie do na przykład *contracts with a mental benefit*, gdyż w wielu przypadkach poszkodowany nie mógłby, poprzez tego rodzaju ograniczenia, dochodzić naprawienia szkody niemajątkowej. Wprowadzanie dalszej dywersyfikacji powodowałoby oddalenie się od wzorca francuskiego na tyle, iż trudno byłoby już mówić o jakiegokolwiek recepcji. Nie należy ponadto zapominać, że zasada *non cumul* ma charakter wyjątkowy²⁵⁵, biorąc pod uwagę inne systemy prawne, i jest od lat przedmiotem powszechnej krytyki.

Równocześnie, pozostawienie w dalszym ciągu zasady konkurencji²⁵⁶ prowadziłoby do sytuacji zupełnej dowolności w zakresie wyboru na przykład korzystniejszych reguł dowodowych wybranego reżimu poprzez rozciąganie pojęcia bezprawności powszechnej również na te przypadki kontraktowe, w których naruszenie ewidentnie miało charakter jedynie względny. Oczywiście, rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości mogłoby być pozostawione ostatecznie judykaturze, co znów niewątpliwie wpływa jednak na znaczne zmniejszenie realizacji zasady pewności prawa²⁵⁷. Jedno-

²⁵² Zob. raz jeszcze M. Nesterowicz: *Odpowiedzialność...*, *op. cit.* oraz cytowane w rozdziale 1.3 orzeczenia.

²⁵³ Tego rodzaju zabieg powodowałby całkowite ignorowanie przez ustawodawcę czy też sądy tych wartości i reguł pozaprawnych, które legły u podstaw wyraźnego oddzielenia bezprawia powszechnego od tego, co niedozwolone jedynie *inter partes*. Rozwiązanie w postaci koncepcji roszczenia o mieszanym charakterze może być wyjątkowo akceptowane i to jedynie doraźnie, w sytuacjach usprawiedliwionych szczególnymi okolicznościami.

²⁵⁴ M. Cannarsa: *Compensation...*, *op. cit.*, s. 16.

²⁵⁵ Jednak nieodosobniony; podobną zasadę formułuje na przykład § 1044 estońskiej ustawy zobowiązaniowej, przy czym nie dotyczy ona szkód na osobie. Zob. K. Sein: *Damage arising from Defect in Object of Contract to Creditor's Absolute Legal Rights: Contractual or Delictual Liability?*, *Iuridica International* 2005, t. X, s. 54.

²⁵⁶ Lub uczynienie z niej reguły (jak we Francji: „La jurisprudence interdit...”, zob. przyp. 286) jedynie doktrynalnej, co dawałoby większą możliwość mnożenia wyjątków.

²⁵⁷ M. Cannarsa: *Personal Injury Compensation in France*, <http://www.www.peopill.com/pdf/WebGuideBook1.pdf>, s. 35–36.

częśnie, zupełnie wówczas realne stałoby się zagrożenie sparaliżowania sądów na skutek olbrzymiej liczby, często zupełnie bezzasadnych, pozwów o odszkodowanie.

Jak już wcześniej wspomniano, regulacje *soft law* opierają się na podobnych założeniach co system francuski, dopuszczając tym samym szeroką kompensatę uszczerbków niemajątkowych. Zastanawiające jest więc, że twórcy UNIDROIT i PECL nie podzielali obaw związanych z ryzykiem daleko idących nadużyć w zakresie dochodzenia naprawienia szkody²⁵⁸. Z jednej strony, wspomniane akty mają charakter prawa modelowego, a zatem zalecanego, będącego źródłem inspiracji *de lege ferenda* między innymi co do form przyjętych rozwiązań, z drugiej jednak, wciąż aktualny jest ich niewiążący charakter, stąd zagrożenie wynikające ze zjawiskiem *floodgates* wydaje się nadal mało realne. Obecnie, zasady przygotowane przez Instytut UNIDROIT i Zasady Europejskiego Prawa Kontraktowego mogą stanowić dla stron umowy jedynie pewną opcję²⁵⁹, podczas gdy w interesującym nas zakresie prawo polskie daje takie same możliwości²⁶⁰.

Common law

Rozwiązanie przyjęte w systemie brytyjskim (bo zasadniczo o nim będzie dalej mowa) ukształtowane zostało wieloletnią praktyką, przy czym był to proces bardzo stopniowej liberalizacji restrykcyjnego początkowo stanowiska *ratio decidendi* orzeczenia w sprawie *Addis*²⁶¹. Wbrew stale utrzymującej się przepaści, jaka dzieli systemy kontynentalne od *common law*, korzystanie z osiągnięć orzeczniczych tych drugich, w obliczu obawy przed zagrożeniami, jakie rodzić może gruntowna reforma zasad odpowiedzialności kontraktowej, może okazać się wyjściem tyleż inspirującym, co bezpiecznym. W obecnym stanie możliwe jest wyodrębnienie reguł do tego stopnia ogólnych, że mogłyby służyć one jako pewien model przyszłej regulacji także w systemie ustawowym reprezentowanym przez Polskę.

Owo bezpieczeństwo, o którym przed chwilą była mowa, wynika przede wszystkim z kierunku, jaki przybrała ewolucja zasad odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy w systemach anglosaskich. Stopniowe rozszerzanie granic dopuszczalnej kompensaty poprzez tworzenie coraz bardziej zgeneralizowanych

²⁵⁸ Czyniąc z odszkodowania mechanizm powszechny, jeżeli chodzi o przedmiot, z wyraźnym zastrzeżeniem o jego wyłącznie kompensacyjnej funkcji, A. Mari (w.): *Principles of European Contract Law and Italian Law*, red. L. Antonioli, A. Veneziano, Kluwer Law International 2005, s. 443.

²⁵⁹ H. Beale: *The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law*, *Iuridica International* 2005, t. X, s. 7, poza tym zasady UNIDROIT mają bardzo ograniczony z omawianego punktu widzenia zasięg podmiotowy.

²⁶⁰ Zamiast wprost decydować się na związanie postanowieniami *soft law*, strony mogą po prostu rozszerzyć w stosunku do treści art. 361 § 2 umownie zakres kompensaty.

²⁶¹ Przypomnijmy: dopiero w ostatnim dziesięcioleciu Izba Lordów zaczęła dopuszczać możliwość kompensowania szkód niemajątkowych wynikających z niewykonania umów należących do całego typu *contracts with a mental benefit*, początkowo wyjątek ograniczał się jedynie do umów turystycznych.

wyjątków pozwala na uniknięcie praktycznych „niespodzianek” związanych z przyjęciem z góry modelu szerokiej, liberalnej regulacji. Oczywiście, z biegiem czasu może okazać się, że przyjęte rozwiązanie, nawet niezwykle przemyślane, przestaje wystarczać, że pojawia się potrzeba szybkiej weryfikacji obowiązujących reguł²⁶² (również sam system *common law* wciąż wykazuje pewne niejednolitości w zakresie zasad odpowiedzialności za uszczerbki niemajątkowe, stąd postuluje się zachowanie większej transparencji i zaprzestanie różnicowania dopuszczalności rekompensaty w takich samych lub podobnych przypadkach²⁶³). Z drugiej strony, wprowadzenie rozsądnych ograniczeń²⁶⁴ wydaje się koniecznością, chociażby wzięwszy pod uwagę treść tych *policies*, dla realizacji których koncepcja przyjęta przez sądy angielskie nadal pozwala nazywać *common law* systemem „najbardziej otwartym”, nie zaś „najbardziej liberalnym”, jeżeli chodzi o coraz powszechniejszą potrzebę uwzględnienia niemajątkowych interesów poszkodowanego.

Gdybyśmy jednak spróbowali wypreparować z pominięciem wszelkich *obiter dictae* pewien klarowny model odpowiedzialności za szkodę niemajątkową powstałą na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, recepcja pozwoliłaby na całkiem rozsądne w swoich ramach, uwzględniające specyfikę treści określonego typu stosunków obligacyjnych, unormowanie. Poszkodowany mógłby zatem żądać kompensaty uszczerbku niemajątkowego, w sytuacji gdy:

- a) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania spowodowało szkodę na osobie lub fizyczną niewygodę²⁶⁵;
- b) kompensata jest zasadna z uwagi na utraconą korzyść niemajątkową, determinowaną celem i funkcją umowy²⁶⁶;
- c) kompensata tego rodzaju jest niedopuszczalna po stronie przedsiębiorcy.

Wypada zaznaczyć, że taki kształt regulacji odpowiada zarówno aktualnemu stanowi, jak i spodziewanym kierunkom rozwoju prawa europejskiego²⁶⁷.

²⁶² Choć niedawny raport komisji prawnej nie wskazuje na istnienie tego rodzaju potrzeb w zakresie prawa umów (inaczej na przykład w przypadkach poważnych szkód na osobie); zob. The Law Commission, *Damages for Personal Injury*...

²⁶³ R. Holmes: *Mental Distress...*, *op. cit.*: „As courts have struggled to award damages in cases, where they are perceived to be required, the existing law has been stretched and manipulated. This has resulted in the area becoming conceptually confused and unprincipled”.

²⁶⁴ Zob. rozdział 2.3.1.

²⁶⁵ „As to general damages in contract for non-pecuniary loss, it is clear that *Addis* has never applied to physical inconvenience”, *Report N° 18 of Law Commission, Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, Appendix C.

²⁶⁶ „Damages are available for non-pecuniary loss, where the purpose of the contract or of the term broken is to provide enjoyment, peace of mind, or freedom from distress”, M. Chen-Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 539.

²⁶⁷ Zakładając, że PECL w obecnym kształcie pozostanie jeszcze długo regulacją modelową, a brak obecnie podstaw, by spodziewać się szybkiego i imperatywnego związania Zasadami wszystkich członków Wspólnoty Europejskiej.

2.3.3. PRÓBA WYKORZYSTANIA MODELU DELIKTOWEGO

W poszukiwaniach kompromisowego rozwiązania nie należy zapominać o tym, że również polskiemu ustawodawstwu wcale nie jest obcy problem szkody niemajątkowej. I choć istniejące unormowanie dostosowane jest do specyfiki reżimu deliktowego, wypada przynajmniej zastanowić się, czy i ewentualnie jakie doświadczenia legislacyjne oraz orzecznicze byłyby przydatne wobec próby konstruowania nowej, kontraktowej regulacji roszczenia odszkodowawczego w zakresie uszczerbków niemajątkowych. Mirosław Nesterowicz²⁶⁸ proponuje na przykład poszerzenie treści art. 361 k.c. o § 3: „Odszkodowanie określa się według postanowień umowy lub przepisów ustawy; w braku tychże w razie szkody na osobie stosuje się odpowiednio art. 444–449”.

Treść art. 448 k.c., co zresztą w części było już przedmiotem rozważań, charakteryzuje:

- a) fakultatywny charakter zadośćuczynienia;
- b) brak podmiotowych ograniczeń dopuszczalności przyznania zadośćuczynienia;
- c) brak normatywnych wskazówek w zakresie wysokości dopuszczalnej kompensaty²⁶⁹.

W odniesieniu do kwestii pierwszej, wypada zastanowić się, czy rzeczywiście istnieje potrzeba posługiwania się zasadą fakultatywności. Wobec przedstawionego wcześniej stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, zadośćuczynienie, przynajmniej teoretycznie, powinno być przyznane zawsze wówczas, gdy w opinii sądu doszło do powstania realnej, odczuwalnej szkody niemajątkowej, a skutek pozostawał w adekwatnym związku przyczynowym ze zdarzeniem sprawczym. Trybunał za-
uważył i podkreślił stanowczo, że:

„Ze sprawozdań stenograficznych z posiedzeń Sejmu wynika, iż fakultatywny charakter orzekania zadośćuczynienia pieniężnego przewidzianego w art. 448 k.c. był przedmiotem kontrowersji. Intencją projektodawców nie było wprowadzenie arbitralności w tym zakresie, lecz ustanowienie przepisu, zgodnie z którym w razie spełnienia przesłanek, od których zależy przyznanie zadośćuczynienia pieniężnego, sąd zasądzałby je na rzecz pokrzywdzonego (...)”²⁷⁰.

Rzeczywiście, kierowanie się zasadą fakultatywności mogłoby prowadzić do wniosku, iż regulacja roszczenia o kompensatę szkód niemajątkowych wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania znów nie odpowiada treści art. 5 dyrektywy. Wykładnia literalna wspomnianej normy w połączeniu z treścią stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner

²⁶⁸ M. Nesterowicz: *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 25.

²⁶⁹ Co z jednej strony pozwala twierdzić, że sąd nie ma obowiązku jakiejkolwiek limitacji odszkodowania (ma być ono jedynie „odpowiednie”), z drugiej zaś doświadczenia orzecznicze, przynajmniej te dawniejsze, wskazują na wyraźną tendencję do ograniczania wysokości przyznawanych sum.

²⁷⁰ Z uzasadnienia wyroku TK z dnia 7 lutego 2005 r.

nie pozostawia złudzeń co do obligatoryjnego charakteru odszkodowania w pełnym jego zakresie przedmiotowym. Wykreowanie normy ogólnej, na podstawie której sąd jedynie „mógłby” przyznać stosowne odszkodowanie, znów prowadziłoby bądź do sprzeczności polskiego uregulowania z prawem europejskim, bądź do traktowania art. 11a ustawy o usługach turystycznych jako *lex specialis* wobec zmienionych już zasad kodeksu cywilnego. Obligatoryjne odszkodowanie za uszczerbek niemajątkowy prowadziłoby natomiast do sytuacji, w której art. 11a powinien być wykładany w świetle treści art. 361 § 2 k.c., nie zaś jako norma wyjątkowa. Przyznanie rekompensaty następowałoby zatem na podstawie kodeksowej normy ogólnej. Nie ulega również wątpliwości fakt, że jej odpowiednia konstrukcja umożliwiałaby pełną realizację celów problematycznej dyrektywy.

Wykładnia art. 448 k.c. zaprezentowana przez Trybunał Konstytucyjny prowadzi w praktyce do wniosku, że pojęcie fakultatywności ma zawsze charakter iluzoryczny, bowiem swoboda oceny sędziowskiej i tak powinna ograniczać się jedynie do ustalenia faktu powstania szkody. Trudno zatem utrzymywać, że obligatoryjne zadośćuczynienie miałoby jakiś radykalny wpływ na zmianę w zapatrywaniach sądów na problem uszczerbku niemajątkowego²⁷¹.

Dodajmy wreszcie, że problem oceny istnienia czy też nieistnienia szkody natury niemajątkowej, a w szczególności jej „wartości” wyrażonej w pieniądzu jest zawsze kwestią dalece ocenną, stąd i tak sądy zmuszone są w sposób samodzielny „nadać” nawet przemyślanej i precyzyjnie ujętej normie rozsądną treść dla konkretnego stanu faktycznego.

Odpowiedzialność kontraktowa za szkody o charakterze niemajątkowym powinna podlegać, jak już wskazano, istotnym ograniczeniom podmiotowym i w tym zakresie niedopuszczalna wydaje się recepcja treści art. 448 k.c. na grunt prawa umów. O ile w przypadku odpowiedzialności deliktowej tak szerokie ujęcie można uznać za usprawiedliwione²⁷², o tyle ryzyko powstania uszczerbku niemajątkowego dla umów obustronnie profesjonalnych jest po pierwsze znikome, po drugie, z uwagi na zasady ekonomii procesowej nie powinno być brane pod uwagę, wreszcie, z punktu widzenia samych stron odgrywa z reguły trzeciorzędą rolę. Oczywiście, nawet dyrektywa turystyczna traktuje problem podmiotowej zdolności odczuwania niewygody i przykrości w sposób nadzwyczaj liberalny, podobnie — regulacje *soft law*. Stan taki jest jednak dość powszechnie, przynajmniej jeżeli chodzi o dyrektywę 90/314, krytykowany, wyrażone więc w niniejszym artykule stanowisko ma charakter bardziej zachowawczy.

²⁷¹ Z wyjątkiem sytuacji, gdzie szkoda niemajątkowa miała charakter znikomy (zob. orzeczenie SN z dnia 23 stycznia 1974 r., OSPiKA 1975, poz. 171), a według ustalonego orzecznictwa sąd może odmówić przyznania zadośćuczynienia, co również wyraża się w zasadzie fakultatywności (A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 82). Oczywiście granica pomiędzy „znikomością” a brakiem uszczerbku, jego urojeniem jest niezwykle płynna, stąd sąd może równie dobrze uznać, że do powstania szkody w ogóle nie doszło.

²⁷² Choć nie bez kontrowersji. Te z kolei dotyczą przede wszystkim pytania o zasadność przyznania prawa do zadośćuczynienia podmiotom niebędącym osobami fizycznymi.

Generalnie rzecz ujmując, wydaje się, że wprowadzenie zasady odpowiedzialności za szkodę niemajątkową wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powinno przybrać formę normy kodeksowej zbliżonej w swojej postaci do art. 448 k.c., choć przy głębszym rozważeniu istniejących potrzeb i ewentualnych zagrożeń, nie ulega wątpliwości, że treść art. 448 k.c. nie powinna stanowić dosłownego wzorca dla takiej regulacji. Przede wszystkim, przynajmniej aktualnie i w najbliższym czasie, zakres podmiotowy i przedmiotowy ma odpowiadać specyfice i znaczeniu tego rodzaju uszczerbku w stosunku obligacyjnym: uwzględniać prawdopodobieństwo wystąpienia szkody i cel umowy.

Kryteria oszacowania wartości uszczerbku, choć zbliżone do deliktowych²⁷³, umiejscowione w „kontraktowym” kontekście naruszenia, zazwyczaj będą prowadziły do próby utrzymania tego rodzaju odszkodowań w rozsądnych granicach. Może okazać się jednocześnie, że określenie „odpowiedniej” sumy jest łatwiejsze w przypadku stosunków określających z góry i w sposób jasny, do czego strona jest uprawniona, czego może oczekiwać i ile za to wszystko zapłaci. Ostatecznie negując teorię pełnej komercjalizacji dóbr niemajątkowych, nie sposób nie dostrzec, że stopień spodziewanej przyjemności ma w większości przypadków „swoją cenę”²⁷⁴.

2.3.4. KONSTRUKCJA PRZEPISU

W tym miejscu wypada nadać dotychczasowym wielokierunkowym rozważaniom pewien wymierny kształt. Nie sposób ukryć, że postulat generalnego poszerzenia odpowiedzialności przedmiotowej dłużnika kontraktowego cieszy się pewnym poparciem autora pracy i prowadzone dywagacje miały na celu odnalezienie teoretycznych i prakseologicznych podstaw nowelizacji aktualnie obowiązującego unormowania. Podsumowując:

- a) postulat zmiany wydaje się uzasadniony z punktu widzenia tendencji obecnych w prawie europejskim i obcych porządkach prawnych;
- b) uszczerbek niemajątkowy ma realny charakter i w przypadku pewnej grupy stosunków obligacyjnych możliwość rekompensaty jako środka ochrony prawnej zyskuje znaczenie podstawowe;
- c) biorąc pod uwagę dynamiczny rozwój sektora usług i systematyczny wzrost standardów świadczeń, a także wysoki stopień ochrony konsumenta, istnieje zapotrzebowanie na środki prawne umożliwiające kompensatę szkód niemajątkowych zarówno o charakterze pozytywnym, jak i negatywnym;

²⁷³ Okoliczności sprawy, rodzaju naruszonych dóbr, rozmiaru doznanej krzywdy, intensywności naruszenia, stopnia zawinienia (zob. wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2002 r. oraz G. Bieniek, H. Ciepla, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, op. cit.*, s. 457).

²⁷⁴ Nie chodzi rzecz jasna o cenę przyjemności jako świadczenia, ale o cenę świadczenia materialnego, którego standard może zapewnić właśnie ów większy lub mniejszy stopień zadowolenia.

- d) roszczenie odszkodowawcze powinno przysługiwać zawsze w sytuacji, gdy przy uwzględnieniu czynników obiektywnych, doszło do powstania szkody niemajątkowej;
- e) brak praktycznego uzasadnienia dla objęcia taką ochroną wszystkich podmiotów prawa cywilnego, stąd usprawiedliwione będzie ograniczenie, na podstawie którego roszczenie odszkodowawcze przysługiwałoby jedynie konsumentowi;
- f) decydującym kryterium pozwalającym na uwzględnienie roszczenia powinien być między innymi cel umowy w postaci korzyści o charakterze niemajątkowym, korzyści w sferze osobistej;
- g) poszkodowany powinien mieć możliwość żądania zadośćuczynienia również wówczas, gdy nierzetelne zachowanie kontrahenta doprowadziło do powstania szkody na osobie lub istotnej niewygody; wypada dodać, że określenie „istotna niewyгода” odpowiada również wszelkim bardziej kwalifikowanym przypadkom szkody na osobie.

Szczególnie pozytywnie wypada ocenić zasady, jakie zostały sformułowane na gruncie praktyki sądów brytyjskich. Ich liberalizujący kierunek daje jednocześnie pewną gwarancję przewidywalności zachowań judykatury wobec nowej regulacji i przewidywalności społecznych reakcji na szersze ujęcie odpowiedzialności dłużnika kontraktowego.

Ostatecznie, przepis mógłby przybrać następującą formę:

§ 1. Sąd przyzna konsumentowi odpowiednią sumę pieniężną tytułem rekompensaty za szkodę niemajątkową poniesioną na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez przedsiębiorcę, jeżeli wymaga tego interes poszkodowanego z uwagi na cel umowy znany stronom w chwili jej zawarcia.

§ 2. Przepis § 1 stosuje się także w sytuacji, gdy okoliczność niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania łączyła się ze szczególną fizyczną niewygodą lub uciążliwością.

ZAKOŃCZENIE

Zaproponowane rozwiązanie może budzić sprzeciw z różnych względów. Uznaje się niestety wciąż dosyć powszechnie, że uszczerbek typu niemajątkowego jest jakimś gorszym czy pochodnym rodzajem szkody, zaś dopuszczalność jego rekompensaty powinna mieć charakter absolutnie wyjątkowy. Abstrahując już od kwestii głębokiego zróżnicowania w ramach samego pojęcia szkody niemajątkowej, brak przekonujących argumentów, które mogłyby poprzeć tak restrykcyjne stanowisko.

Ostatecznie jest jednak tak, iż stwierdzenie, na ile istotne znaczenie miał fakt wyrządzenia takiej szkody, również z obiektywnego punktu widzenia, jest w znacz-

nym stopniu determinowane szeregiem okoliczności związanych przede wszystkim z treścią łączącego strony stosunku i tymi przyczynami, dla których strony umowy faktycznie ją zawarły.

Metoda rozstrzygnięcia normatywnego „zastoju”, z jakim mamy aktualnie do czynienia, a jaki szczególnie łatwo wykryć na skutek istnienia procesu postępującej europeizacji prawa prywatnego, tym samym również zasad odpowiedzialności cywilnoprawnej dłużnika, powinna odpowiadać po pierwsze na pytanie o ostrość przesłanek przyznania odszkodowania, po drugie zaś, powinna wpisywać się sprawnie zarówno w obowiązujący porządek wewnętrzny, jak i ów proces harmonizowania poszczególnych systemów. Ustalenie jasnych i precyzyjnych kryteriów, na podstawie których sąd uznałby prawo poszkodowanego do rekompensaty, jest w przypadku szkody niemajątkowej niezwykle trudne. Jak wielokrotnie wskazywano, specyfika uszczerbku tego rodzaju, jego szczególnie silny aspekt subiektywny, zmuszają ustawodawców bądź do rezygnacji z bliższego regulowania normatywnych warunków dopuszczalności odszkodowania, bądź też do sięgnięcia do pojęć niedookreślonych i klauzul generalnych.

Oczywiście, sam rzeczywisty cel umowy, który jest trzonem proponowanego rozwiązania, ma również treść na tyle elastyczną, by wyposażać sądy w olbrzymi potencjał swobody uznania. Dopóki swoboda nie przeradza się w dowolność, tak obowiązujący stan nie budzi w zasadzie wątpliwości. Dopóki zaś ustawodawca gwarantuje rekompensatę uszczerbków niemajątkowych, jakie stały się rezultatem niezgodnego z treścią umowy zachowania dłużnika, dopóty i w zasadzie jedynie wówczas możemy powiedzieć, że realizowane jest „dążenie do pełnego pokrycia poszkodowanemu doznanej szkody”²⁷⁵.

Wypada wreszcie podkreślić, iż decyzja o przyłączeniu się do nurtu harmonizacji praw nakazuje nie tylko dokonanie weryfikacji tych „przyzwyczajień” interpretacyjnych i legislacyjnych, które stoją w sprzeczności z postulowanym porządkiem ogólnym, nakazuje bowiem również niestety odrzucanie tych tradycji, które mogą okazać się istotną barierą w procesie pokonywania różnic:

„Rules are necessary to provide certainty, but when they begin to create inconsistency and perpetuate injustice, their validity and usefulness must be questioned”²⁷⁶.

Przypomnijmy raz jeszcze:

„(...) when applying domestic law, whether adopted before or after the Directive, the national court that has to interpret that law must do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose if the Directive so as to achieve the result it has in view and thereby comply with the third paragraph of Article 189 of the Treaty”²⁷⁷.

²⁷⁵ W. Czachórski: *Zasady i funkcje...*, op. cit., s. 48.

²⁷⁶ R. Holmes: *Mental Distress Damages...*, op. cit.

²⁷⁷ Z uzasadnienia stanowiska Rzecznika Generalnego A. Tizzano, pkt 46.

Poza obowiązkiem poprawnej implementacji aktów prawnych Wspólnoty i obowiązkiem prawspółnotowej wykładni przepisów implementujących istnieje obowiązek sięgający znacznie głębiej, a wynikający z dyrektywy racjonalnego stanowienia prawa. Właśnie na jej podstawie można pokusić się o refleksję i pytanie, czy tego rodzaju impuls, jakim jest wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner, tym samym treść dyrektywy 90/314, nie powinien być rozważany jako asumpt do szerszej ochrony tych interesów, które na skutek dotychczasowego braku ochrony czyniły istniejący system roszczeń przeciwko nierzetelnemu kontrahentowi *de facto* bezużytecznym.